٢١٧ر٤
د ٠ م

درر الحكام في شرح غرر الاحكام كلاهما، لملا خسرو، محمد بن فراموز، ٨٨٥هـ ٠ بخط احمد بن عبد الرحيم بن حسين بن سليمان سنة ٩٩٦هـ ٠

٢ج (٣٢٠ق) ٢٣س ١٤×٢١سم

٥٧٠٣

نسخه جيده، خطها تعليق حسن ٠ طبع

الاعلام ٧: ٢١٩ الازهريه ٢: ١٥٣

١ ــ المذهب الحنفي، فقه المذاهب الاسلاميه
أ ــ المؤلف ب ــ الناسخ جـ ــ تاريخ النسخ
د ــ شرح غرر الاحكام

تعلق على بصحة هذا الكتاب
ويتقى على فهمي على وفق عبلا ...
باجبال الشهود الذين كتب
اساميهم في ذيل حجة
الفقير الحقير احمد بن
محمد جيم زاده



سيقول السفهاء من الناس ما ولىهم عن قبلتهم التى
كانوا عليها قل لله المشرق والمغرب يهدى من يشاء
الى صراط مستقيم وكذلك جعلناكم امة وسطا
لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم
شهيدا وما جعلنا القبلة التى كنت عليها الا لنعلم
من يتبع الرسول ممن ينقلب على عقبيه وان كانت لكبيرة
الا على الذين هدى الله وما كان الله ليضيع ايمانكم

ايمانكم



باب خيار الشرط والتعيين اعلم ان البيع تارة يكون لازما واخرى
غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار
ولكون اللازم اقوى قدمه ثم ذكر خيار الشرط والتعيين واراد بالاول
ان يكون العاقد مخيرا بين قبول اصل العقد ورده واراد بالثاني ان يشتري
احد الشيئين او الثلاثة على ان يعين ايا شاء وقدمهما على باقي الخيارات
لانهما يمنعان ابتداء الحكم ثم ذكر خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم واخر خيار العيب
لانه يمنع لزوم الحكم وخيار الشرط انواع فاسد وفاقا كما قال اذا قال اشتريت
على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز وفاقا وهو
ان يقال على اني بالخيار ثلثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقال على اني
بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رحمهم الله
جائز عند ابي يوسف ومحمد جاز اي خيار الشرط للمتبايعين اي لكل منهما
معا فلا يوجد البيع ما لم يرضيا ولاحدهما ولغيرهما كما سيأتي الى ثلثة ايام
اي الى اخرها لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة
ولي الخيار ثلثة ايام ووجه الاستدلال ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد
وهو اللزوم فيكون مفسدا له لكنه جوز بهذا النص الدال على الخيار في
البيع والشراء بلفظ بايعت على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه
لا اكثر وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة وان اجاز اي من له الخيار
بعد العقد الى اكثر من ثلثة ايام فيها اي في ثلثة ايام جاز

عند ابي حنيفة وزفر وان فهي جائز عند ابي يوسف ومحمد جاز اي خيار الشرط
للمتبايعين اي لكل منهما معا فلا يوجد البيع ما لم يرضيا ولاحدهما
ولغيرهما كما سيأتي الى ثلثة ايام اي الى اخرها لقوله عم لحبان بن منقذ
اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ووجه الاستدلال
ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم فيكون مفسدا له
لكنه جوز بهذا النص الدال على الخيار في البيع والشراء بلفظ بايعت
على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه لا اكثر وقالا يجوز اذا
سمى مدة معلومة وان اجاز اي من له الخيار بعد العقد الى اكثر
من ثلثة ايام فيها اي في ثلثة ايام جاز البيع لزوال المفسد قبل تقرره
وان اشترى لم يذكره بالنقد كما ذكر في الوقاية لما نبه الا انه ليس من صور
خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل اورده عقيبه لانه في حكمه معنى
على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة فلا بيع صحيح والى اكثر لا الا ان ينقده
في الثلثة قالوا ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى
الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون
ملحقا به اقول يرد على ظاهره انك قد عرفت ان النص الوارد
في الخيار مخالف للقياس وقد تقرر في كتب الاصول ان ما ثبت على خلاف
القياس فغيره لا يقاس عليه ودفعه ان المقرر في كتب الاصول عدم جواز
القياس الجلي على ما ثبت بخلاف القياس الجلي اذ تقرر فيها ايضا جواز
الحاق حكم ثبت على خلاف القياس بغيره بطريق دلالة النص وبطريق
الاستحسان الذي هو القياس الخفي وكل منهما محتمل ههنا كما لا يخفى
على الناظر المتامل ولا يخرج المبيع بخيار البايع عن ملكه لان تمام
هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه البايع نفذ ولا
يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع فان قبضه المشتري

فهلك في يده في مدة الخيار ضمن قيمته لانفساخ البيع بالهلاك لانه كان
موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء
وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع هلك عليه وانفسخ البيع ولا شيء على المشتري
كما في البيع المطلق ويخرج المبيع عن ملك البايع بخيار المشتري يعني اذا كان
الخيار للمشتري فقط يخرج المبيع عن ملك البايع للزوم البيع من جانبه
بانتفاء الخيار فان هلك المبيع عنده اي المشتري ضمن الثمن فان الهلاك
لا يخلو عن مقدمة عيب وسيأتي انه اذا دخله عيب يمتنع الرد واذا امتنع
لزم العقد وتم فيلزم الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لان الخيار
اذا كان له يملك والبيع موقوف تمام فيلزم القيمة ولا يملكه اي لا
يملك المشتري المبيع وقالا يملكه لانه خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل
في ملك المشتري كان ملكا بلا مالك ولا نظير له في الشرع وله ان الثمن لا يخرج
عن ملكه فلو دخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد
حكما للمعاوضة ولا نظير له في الشرع ورجح بهذا لان الخيار انما شرع نظرا
للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه الا
بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه ولم اي لعدم تملك المشتري المبيع
فروع الاول لو اشترى زوجته بقي النكاح لعدم ملك اليمين المزيل له
الثاني ان وطئها اي وطئ المشتري بالخيار زوجته جاز له ردها لان وطيه بالنكاح لا بملك
اليمين ليمتنع الرد الا في البكر لانه تعيبت وسيأتي انه يبطل الرد الثالث قريبه لا يعتق
عليه في المدة لعدم الملك فيها والعتق مرتب عليه الرابع كذا اي لا يعتق ايضا عن شراء
قايل ان ملكت عبدا فهو حر لعدم وقوع الشرط الخامس حيضها في المدة لا يعد
من الاستبراء لانه انما يجب بعد ثبوت الملك ولم يثبت السادس ان ردت الامة
المشتراة به اي بالخيار على البايع فلا استبراء عليه اذ لم يملكها المشتري ليتجدد الملك
فيجب الاستبراء السابع من ولدت في المدة بالنكاح لم تصر ام ولد يعني ان اشترى

زوجته

زوجته بالخيار فولدت في ايام الخيار في يد البايع لا تصير ام ولد المشتري فيملك الرد وانما قلنا
في يد البايع لانها لو ولدت في يد المشتري يلزم البيع ويبطل الخيار لان الولادة عيب
الثامن انه اي المبيع بالخيار يهلك على البايع ان قبضه المشتري باذنه واودعه عنده
اي عند البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك التاسع بقي خياره اذن فمن شرى
وابراه بايعه عن ثمنه في المدة اي ان اشترى عبدا مثلا او شيئا بالخيار وابراه بايعه
عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره لانه لما لم يملكه كان رده في المدة امتناعا
عن التملك وللمخير ولاية ذلك فان ذا او هب له شيء فلم ولاية ان لا يقبله
العاشر بطل شراء ذمي من ذمي خمرا بالخيار ان اسلم لئلا يتملكها مسلما
باسقاط خياره وعن له الخيار سواء كان بايعا او مشتريا او اجنبيا فله
ان يفسخ وله ان يجيز فاذا اراد الاجازة يجيز بلا علم صاحبه ولا ينقض بدونه
اي بدون علمه ولو كان غايبا وقال ابو يوسف وان فسخ له النقض ايضا
بدونه كالاجازة ولانه مسلط عليه من قبله ولهذا لا يشترط رضاه كالوكيل
بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به بلا علم الموكل لانه مسلط من قبله ولهما
انه تصرف في حق الغير بالدفع ولا يعرى عن الضرر لان الخيار ان كان للبايع جاز ان
يعتمد المشتري تمام العقد فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع
وان كان للمشتري جاز ان لا يطلب البايع لسلعته مشتريا وهذا نوع ضرر فيتوقف
على علمه كعزل الوكيل بخلاف الاجازة اذ لا الزام فيها مع انه موافق له فيها ولا يسلم
انه مسلط عليه من قبله كيف وهو بنفسه لا يملك النقض وانما ينقض لكون العقد غير
لازم وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن
عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالنقض لما انتفع من ليس له الخيار بمضي المدة
فيلزم البيع اجيب بانه رضي به من حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة
الغيبة فلو علمه اي علم الآخر النقض في المدة انتقض العقد لحصول العلم به
والا اي وان لم يعلم به في المدة بل بعدها تم العقد لمضي المدة قبل الفسخ ولا

وان نقض العقد من له الخيار

كما كان ينفسخ بفسخ المورث

يورث هذا اي خيار الشرط يعني ان العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث حال حيوته فاذا كان
الخيار للبايع ومات ملك المشتري المبيع ولا ينازعه وارث البايع واذا كان للمشتري
وتم ملك وارث المشتري بلا خيار فان قيل كيف يملكه الوارث والمورث لم يكن مالكا
قلنا العقد الموجب للملك كان موجودا في حقه ولكن الخيار كان مانعا فاذا بطل الخيار
في حق الوارث ظهر اثر الموجب فتدبر وقال الشافعي يورث عنده لانه حق من حقوق
البيع كخيار العيب والتعيين واجمعوا على انه لو مات من عليه الخيار وهو من له
خيار لم يبق الخيار ولنا ان الارث فيما يقبل الانتقال والخيار ليس الا مشية وارادة
ولا ارث في خيار العيب والتعيين لما ياتي ولا يورث ايضا خيار الرؤية لانه ايضا
ليس الا مشية وارادة حتى ان المشتري لو مات قبل الرؤية فليس لورثته الرد بعدها كما كان
ولا خيار التعيين لما ذكر بل يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير فاذا
بطل الخيار لزم البيع وتم ولا خيار العيب لكن المورث استحق المبيع سالما فكذا الوارث
لقيامه مقامه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البايع بعد موت المورث
وان لم يثبت شرط اي الخيار احدهما يعني احد المتعاقدين اذا شرط الخيار
لغيرهما جاز فاي من العاقدين والغير اجاز او نقض صح استحسانا والقياس
ان لا يصح وهو قول زفر لان الخيار من احكام العقد فلا يصح اشتراطه للغير كالثمن
وجه الاستحسان ان الخيار لغير العاقد يثبت بالنيابة عنه فيقدم الخيار للعاقد
اقتضاء فيجعل هو نايبا عنه تصحيحا للتصرف فيكون لكل منهما الخيار وفي
اجازة احدهما من الاصيل والنائب ونقض الاخر الاول اولى لوجوده في زمان لا يزاحمه
غيره فيه وفي المعية اي ان خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية
لان النايب يستفيد التصرف منه وتصرف الناقض في اخرى لان المجاز يلحقه
النقض والمنقوض لا يلحقه الاجازة فاذا اجتمعا كان النقض اولى كنكاح
الحرة مع نكاح الامة اذا اجتمعا كان نكاح الحرة اولى لانه يرد على نكاح الامة
بلا عكس ولان الاحتياط فيه اذ الفسخ يوجب الحرمة على المشتري والاجازة [illegible]

ارادة ب

توجب الاباحة

راج

المبيع بيانا

راج على البيع باع عبدين بالخيار في احدهما ان فصل اي الثمن وعين اي محل الخيار
صح اي العقد والا فلا وهذا على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا
يعين ما فيه الخيار وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن لان ما فيه الخيار كالخارج
عن العقد لانه مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فيبقى الداخل فيه احدهما
وهو مجهول وثانيها ان يفصل الثمن ويعين ما فيه الخيار وهو جائز لكون
المبيع والثمن معلومين وقبول العقد فيما فيه الخيار وان كان شرطا
لانعقاد العقد في الاخر لكنه غير مفسد لكونه محلا للبيع كالجمع بين
قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع عكسه وهو فاسد
فيهما لجهالة المبيع او الثمن وان اشترى كيليا او وزنيا او عبدا واحدا
على انه بالخيار في نصفه صح فصل الثمن اولا لان النصف من الشيء الواحد
لا يتفاوت فقيمته ايضا لا يتفاوت فاذا كان ثمن الكل معلوما
كان ثمن النصف ايضا معلوما فالمبيع معلوم اذ الشيوع لا يمنع الجواز
كذا في الكافي وصح التعيين فيما دون الاربعة وهذا خيار التعيين
يعني اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة جاز وكذلك الثلثة استحسانا
وان كانت اربعة فسد وهو القياس في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر
والشافعي وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار اذ الجواز ثمة للحاجة
الى التامل ليختار الارفق والاوفق مع انه مخالف للقياس فكذا
يحتاج هنا الى اختيار من يثق به او من يشتريه له فجوز البيع على هذا
الوجه دفعا للحاجة والجهالة انما توجب الفساد اذا كانت مفضية
الى النزاع واذا شرط الخيار للمشتري فهو لا يفضي الى النزاع لان الامر
صار مفوضا اليه فيختار ايها شاء ويرد الاخر والحاجة يندفع بالثلاثة
لاشتمالها على الجيد والردي والوسط وفي الاربعة لم يوجد النزاع
لكن لم يوجد الحاجة وهذه الرخصة قائمة بها فلا يحصل باحدهما ثم

لنقض العقد

قبل ان شرط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط وقبل له شرط واذا لم يذكر
خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة
معلومة عندهما اشتريا بالخيار فرضي احدهما لا يرده الآخر يعني اشترى
رجلان عبدا على انهما بالخيار ثلثة ايام فرضي احدهما دون الآخر فليس
للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له الرد وكذا خيار العيب يعني اشتريا
شيئا لم يرياه فرآه احدهما فرضي له الآخر فانهما ايضا على هذا الخلاف فهما
ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل منهما
يحتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده
وله انه يتضرر لان المشروط خيارهما لا خيار كل منهما بالانفراد فلا
ينفرد احدهما بالرد اقول تحقيقه ان الخيار تصرف يحتاج فيه الى الرأي
كالبيع والخلع ونحوهما وكل ما هو كذلك اذا فوض الى رجلين لا يستبد
واحد منهما فيه كما لو كاله فانه اذا وكل رجلين بالبيع ونحوه لا يقدر
احدهما على التصرف بدون الآخر لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما
بخلاف التوكيل بطلاق زوجته بلا عوض او رد الوديعة او
نحوها فانه لا يحتاج الى الرأي بل يكفي محض عبارة الواحد والاثنين
فيه سواء ويبطله اي خيار الشرط الاخذ بالشفعة دارا مفعول الاخذ
بيعت صفة دار بجنب حال من دار او صفة لها ما شرط الخيار فيه
وهي الدار المشتراة يعني ان من اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار
بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضي لان طلب الشفعة دليل اختياره
الملك فيها لان ثبوته لدفع ضرر الدخيل وهو بالاستدامة فيتضمن سقوط
الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء بالاستناد فتبين
ان الجوار كان ثابتا بخلاف خيار الرؤية فانه لو اشترى دارا ولم يرها
فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة له ان يرد الدار الاولى بخيار

الرؤية

الرؤية ولو عرض على بيع لا يبطل ايضا خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط
لانه لو قال ابطلت خيار الشرط سقط الخيار ولو قال ابطلت خيار
الرؤية لم يبطل خيار الرؤية لان ثبوته موقوف على الرؤية كما يأتي كذا
في غاية البيان ويبطله ايضا تعيبه اي تعيب ما شرط فيه الخيار بما اي تعيب
لا يرتفع كقطع يده فان الرد يمتنع حتى لو مرض وزال جاز رده ويبطله
ايضا مضي المدة لان الخيار لم يثبت له الا فيها كالمخيرة في وقت مقدر
لم يبق لها الخيار بعد مضيه ويبطله ايضا تصرف لا ينفسخ كالاعتاق
والتدبير او تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة
او تصرف لا ينفذ الا فيه اي في الملك كالبيع والرهن والاجارة و
الهبة فان كلا منها دليل اختيار الملك واستبقائه لا اللبس والركوب
مرة ونحو ذلك فانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يدل على الاستبقاء
اشترى بالخيار الى الغد دخل اي الغد فيكون مخيرا في الغد ايضا
وكذا اذا قال الى الظهر او الليل دخل الظهر والليل عند ابي حنيفة
وعندهما لا يدخل لان الغد ونحوه جعل غاية والغاية لا تدخل
في المغيا كالليل في الصوم وله ان الغاية اذا كانت بمد الحكم اليها
لا يدخل كالليل في الصوم فانه يتناول صوم ساعة فاذا قيل الى
الليل مد الحكم الى موضع الغاية واذا كانت لاخراج ما وراءها فيبقى
موضع الغاية داخلا ومن هنا لو اقتصر على انه بالخيار ثبت الخيار مؤبدا
فيفسد البيع فاسقطت الغاية ما وراءها بخلاف التأجيل فانه لو
باع مؤجلا الى رمضان لم يدخل رمضان فان مطلق التأجيل بان قال
بعتك مؤجلا ولم يوقته لا يتأبد بل يصرف الى نصف يوم او ثلثة
ايام او شهر او بالشهر يفتى فكانت الغاية لمد الحكم اليها فلا يدخل
والقول للمنكر في الخيار يعني اذا اختلف العاقدان في اشتراط الخيار

فالقول لمن ينكر مع اليمين في ظاهر الرواية لان الخيار لا يثبت بالشرط فكان
من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما في دعوى الاجل والمضي اي
اذا اختلفا في مضي المدة فالقول للمنكر لانهما تصادقا في ثبوت الخيار
ثم ادعى احدهما السقوط بمضي المدة فكان القول للمنكر والزيادة يعني
اذا اختلفا في قدره فالقول لمن يدعي اخصر الوقتين لان الاخر يدعي
زيادة شرط عليه وهو ينكر اشترى عبدًا بشرط خبزه او كتبه ووجد بخلافه
اخذه بثمنه او ترك لانه وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد
ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض بدونه وذلك بان لا يقدر على الخبز
والكتابة قدر ما يطلق الخباز والكاتب فيخير بين القبول بجميع الثمن
وبين الرد اذا لم يمنع الرد سبب من الاسباب كشراء شاة على انها حلوب
او لبون ولم يوجد كذلك فانه يخير لما ذكر بخلاف شرائهما على انه حامل
او تحلب كذا رطلا حيث يفسد العقد لان ذلك ليس من قبيل
الوصف بل من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة
اشترى جارية بالخيار وردّ غيرها بدلها قائلًا بانها المشتراة فتنازع
البايع والمشتري فقال البايع غيرت والمبيعة ليست هذه و
انكر المشتري التغير وليس للبايع بينة فالقول اي للمشتري مع اليمين
وجاز للبايع وطئها لان المشتري لما رده فقد رضي بتمليكها من البايع بدل
الثمن فكان للبايع ان يتملكها كذا ذكره في الواقعات للصدر الشهيد

باب خيار الرؤية

جاز البيع والشراء بما لم يراه
اي البايع والمشتري يعني يجوز ان يبيع رجل شيئًا ملكه ولم يره كما اذا
ورثه وكذا يجوز ان يشتري رجل شيئًا لم يره لما روي ان عثمان رض
باع ارضًا له بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت
فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم اره وقيل لعثمان رض انك غبنت

قوله لان الخيار لا يثبت بالشرط كذا في نسخ بخط الكتاب والصواب الا بالشرط كما في الكافي. عزمي

قوله لمن يدعي اخصر الوقتين كذا في نسخ بخط الكتاب والصواب الاقصر بالقاف كما في عبارة الكافي

فقال

١

٣٠٥

ع٣٣

فقال لي الخيار لاني بعت مالم اره فحكما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة
وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض اي سواء حضر المبيع الغير المرئي في المجلس بان
يكون زيتًا في زق او برًا في جوالق او ثوبًا في كم او جارية متقنعة واتفقا انه
موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئًا منه او غاب المبيع عن المجلس واشير الى مكانه
الخالي عن سميه اي ليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيره وللمشتري الخيار
عندها اي عند الرؤية ان شاء اخذ وان شاء رد وقال الشافعي
اذا لم يره لم يصح العقد لجهالة المبيع ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية
فلا يزاد قيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وقد روي انه عم قال من
اشترى شيئًا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة انما تفسد اذا
افضت الى النزاع كما في شاة من القطيع واما اذا لم تفض اليه فلا
كقفيز من الصبرة والجهالة بعدم الرؤية لا يفضي اليه اذ لو لم يوافقه
يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبًا
ولم يعلم عدد ذرعانه وان رضي قبلها يعني اذا قال رضيت ثم رآه له
ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها كذا قالوا
اقول فيه بحث اما اولا فلما تقرر في الاصول ان كل ما دخل حرف الشرط
لا يجب ان يكون شرطًا للحكم بمعنى ما يتوقف عليه وجود الشيء حتى يلزم من
انتفائه انتفاء المشروط واما ثانيا فلان الاستدلال بمفهوم الشرط وتحوه
ونحن لا نقول به فالوجه ان يقال لو لزم العقد بالرضاء قبل الرؤية لزم امتناع
الخيار عندها وهو ثابت بالنص فما يؤدي الى ابطاله كان باطلًا دون البايع
اي ليس خيار الرؤية للبايع لما مر من قضاء جبير بن مطعم ولا يتوقت اي ليس له وقت معين
لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري فالتوقيت فيه زيادة على النص
فيبقى الى ان يوجد مبطل ولا يثبت الا في الشراء والاجارة والقسمة و
الصلح عن دعوى لمال على شيء معين لان كلا منها معاوضة وكل دون

مايعلم به المقصود لان رؤية جميع المبيع غير لازم لتعذره فيكتفي برؤية مايدل
على العلم بالمقصود فان كان المبيع اشياء فان لم يتفاوت آحاده كالمكيل
والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج اكتفى برؤية واحد منها الا اذا
كان الباقي اردأ مما راى فيكون مخيرا وان تفاوتت كالثياب والدواب
لزم رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي و
قال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة
اذا تقرر هذا فنقول مايعلم به المقصود كوجه الصبرة لانه يعرف حال البقية و
ان وجدت اردأ فيه خيار ووجه الرقيق لان الوجه هو المقصود في الآدمي
ووجه الدابة وكفلها لانهما المقصودان في الدابة وشرط بعضهم رؤية القوائم
والاول هو المروي عن ابي يوسف وكضرع شاة القنية عطف على كوجه فانها ايضا مما
يعلم به المقصود فيكتفي رؤيته وظاهر ثوب مطوي غير معلم لانه ايضا يعرف البقية الا
اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم فلا بد من رؤية موضع علمه
وقوله وجس عطف على رؤية اي كفى جس شاة اللحم لان المقصود هو اللحم يعرف
به وذوق ما يطعم لانه المعرف للمقصود ولا اي لا يكفي خارج الدار وصحنها بل
يجب رؤية جميع بيوتها وما روي من عدم الخيار لمن راى صحن الدار وخارجها
فانما هو على عادة القدماء في الابنية فان دورهم يومئذ لم يكن متفاوتة
فالنظر الى الظاهر كان موقع العلم به الداخل فاما اليوم فليس الكلام كذلك او رؤية
الدهن في الزجاج فانها لا تكون رؤية للدهن حقيقة لوجود الحائل وكفى نظر
وكيل بالقبض او وكيل بالشراء لا نظر رسول اعلم ان ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض
ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا على شراء كذا وصورة
التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته وما رأيته وصورة الرسالة
ان يقول كن رسولا عني بقبضه فرؤية الاولين اي الوكيلين تسقط الخيار بالاجماع
ورؤية الوكيل الثاني يسقط عند ابي حنيفة اذا قبضه ناظرا اليه فحينئذ ليس ولا

للموكل

للموكل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه
لا يسقط لانه اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك
اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا وان ارسل رسولا بقبضه فقبضه بعد
ما رآه فللمشتري ان يرده وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء في ان قبضه
بعد الرؤية لا يسقط خيار المشتري صح عقد الاعمى اي بيعه وشراؤه وسقط
خياره اذا اشترى بجسه فيما يدرك بالجس وشمه فيما يدرك بالشم وذوقه
فيما يدرك بالذوق ووصف العقار ولا عبرة لوقوفه في مكان لو كان
بصيرا لرآه كما روي عن ابي يوسف ونظر وكيله لانه كنظره راى احد الثوبين
فشراهما ثم راى الآخر فوجده معيبا فله ردهما لا غير اي لا رد المعيب وحده
لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها فانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل
القبض وبعده شرى ما رآه قبل الشراء اي ان تغير خير لان المشتري لم
يره اذ كان بالتغير شيئا آخر والا اي وان لم يتغير فلا اي لا خيار له لانه
اشترى شيئا رآه الا اذا لم يعرف انه الذي رآه قبل العقد لانه لم يرض به وان
اختلفا في التغير فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول للبائع
مع يمينه وعلى المشتري البينة لان سبب لزوم العقد وهو الرؤية السابقة
ظاهر والتغير حادث والقول لمن يتمسك بالظاهر هذا اذا كانت المدة
قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة فان بعدت بان راى امة شابة
ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشتري لان الظاهر
شاهد له واختلفا في الرؤية فللمشتري اي القول له مع يمينه لانه ينكر امرا
حادثا وهو الرؤية شرى عدل ثوب قبض فباع ثوبا منه او وهب وسلم
اي العدل بخيار رؤية او شرط لا بعيب الا رد وتعذر فيما خرج من ملكه
وفي رده بلا تفريق الصفقة قبل تمامها لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما
خيار العيب فلا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسألة لانه لو كان قبل القبض

لما جاز التصرف فيه فان عاد الثوب الذي باعه المشتري اليه بسبب هو فسخ بان رده
المشتري الثاني اليه بالعيب بقضاء او رجع الاول في الهبة فهو على خياره فله
ان يرده بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو لزوم تفريق الصفقة
وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه
اعتماد القدوري ويبطله اي خيار الرؤية مبطل خيار الشرط وقد مر ذكره مطلقا
اي سواء كان قبل الرؤية او بعدها ويبطله ما لا يوجب حق الغير كالبيع بالخيار
والمساومة والهبة بلا تسليم بعد الرؤية لا قبلها لان هذه التصرفات لا تزيد
على صريح الرضا وهو انما يبطله بعد الرؤية واما التصرفات الاول فهي اقوى لان
بعضها لا يقبل الفسخ وبعضها اوجب حق الغير فلا يمكن ابطاله كذا طلب
الشفعة بما اشتراه اي يبطله بعد الرؤية لا قبلها

باب خيار العيب

من وجد بمشتراه ما ينقص ثمنه عند التجار وهو العيب المعتبر شرعا
والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري حين البيع ولا عند
القبض لانه رضا اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق البيع يقتضي
سلامة المبيع فاذا فاتت خير لئلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به لا غير اي لا امساكه
واخذ نقصانه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا اذا كان
مقصودا بالتناول كما مر وسيأتي كالاباق والبول دون السرقة و
البول في الفراش والسرقة وكلها تختلف بالصغر والكبر فان شيئا من
هذه الاشياء اذا وجد من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان
مميزا فيكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ كان عيبا
حادثا فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فاذا حصل عند البائع في
الصغر وعند المشتري في الكبر لا يرده المشتري على البائع بناء على انه عيب
قديم وكالجنون وهو لا يختلف بهما اي بالصغر والكبر يعني اذا حصل في يد
البائع وعاد في يد المشتري في الكبر يكون عيبا واحدا يرده على البائع لانه لفساد

في الصغر

في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك
الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السبب وكالبخر نتن رائحة الفم والذفر بالذال المعجمة
وتحريك الفاء نتن رائحة الابط والزنا والتولد منه اي من الزنا فيهما اي في الامة
متعلق بالعيوب الاربعة يعني انها عيب فيها لان المقصود قد يكون الاستفراش
وهو مخل به دون الغلام فانها ليست بعيب فيه اذ المقصود منه الاستخدام
وهي لا تخل به الا ان يفحش الاولان فبحيث لا يكون في الناس مثله الا نادرا فانه
يكون لداء في البدن وهو ينقص الثمن ويكون الزنا عادة له لان اتباعهما مخل بالخدمة
والكفر اي وكالكفر فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات
فتختل الرغبة ولو اشترى على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب والسعال
القديم لانه مرض ينقص الثمن والدين لان ماليته مشغولة بحق الغرماء والشعر و
الماء في العين لانهما يضعفان البصر وارتفاع حيض بنت سبع عشرة والاستحاضة
لان كلا منهما لداء في البطن فلو حدث متعلق بقوله من وجد بمشتراه الخ اي بعد
ما ظهر العيب القديم لو حدث عيب آخر عند المشتري رجع اي المشتري بنقصانه
اي نقصان العيب بان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب فان كان تفاوت
ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع
بنصف عشر الثمن او رده على البائع برضا البائع الا المانع من رده المشتري
واخذ البائع كثوب شراه فقطعه فظهر عيبه وجاز لبائعه اخذه كذلك
اي مقطوعا ولا يرجع مشتريه ان باعه اذ للبائع ان يقول انا آخذه
معيبا فالمشتري ببيعه يكون حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان وامة
وطيها عطف على كثوب شراه اي كامة شراها ولم يتبرأ عن عيوبها فوطيها
بكرا كانت الامة او ثيبا او قبلها بشهوة او لمسها بها اي بشهوة فوجد
بها عيبا حيث يرجع بالنقصان ولا يردها الا برضا البائع اذ له ان يقول
انا آخذها مع ذلك العيب اذ ليس ههنا مانع من الاخذ كما كان فيما يأتي

ثم بيّن المانع من الرد بحق البايع بقوله فان خاطه اى المشترى المقطوع او
صبغه بغير سواد قيد به ليكون الزيادة فى المبيع اتفاقياً فانه لو صبغه
بسود فكذا الجواب عندهما لان السواد عندهما زيادة كالحمرة والصفرة
لا ياخذه اى البايع ويرجع به اى يرجع المشترى بالمبيع هو الخيط والصبغ
والسمن وفى العادية ان الرد يمنع من جهة الشريعة لان المشترى يرده
والبايع يقبله الا ان الشريعة تمنعه عن الرد والفسخ لحصول الربوا
كما لو باعه اى المشترى الثوب المخيط ونحوه بعد رؤية عيبه او مات العبد
او اعتقه قبلها اى قبل رؤية عيبه مجانا او دبره او استولدها يرجع
بالنقصان فى هذه الصور اما فى البيع بعد الرؤية فلان الرد كان ممتنعا
قبل البيع فلا يكون المشترى بالبيع حابسا للمبيع حتى لو كان البيع قبل
الخياطة كان حابسا اما فى الموت فلان الملك ينتهى به والامتناع الرد
يثبت حكما للموت لا بفعله فلا يمنع الرجوع واما فى الاعتاق فالقياس
فيه ان لا يرجع بالنقصان وهو قول الشافعى لان امتناع الرد بفعله
فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان الاعتاق انهاء للملك اى اتمام
بخلاف البيع قبل الخياطة فانه قاطع لملك البايع الى غيره لا منهى للملك
فى العبد ولهذا ملكه المشترى فصار البايع كالمستبقى لملكه فلم يرجع
بالنقصان وانما قلنا ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك فى الادمى
ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهى بمضى مدته و
المنتهى متقرر فى نفسه ولهذا ثبت الولاء بالعتق وهو من اثار الملك
فبقاؤه كبقاء اصل الملك فالاعتاق لا يكون كالقتل بل كالموت
واما فى التدبير والاستيلاد فلانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما
يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد
مع بقاء الملك المستفاد بالشرى حقيقة او حكما فيرجع بنقصان

وعند السواد نقصان او ... السوق
كما وبالخياطة خلط الملك ملكه بملك
البايع وقد ظهر عيبه القديم ح
بنقصان العيب ولا يقول البايع انا اخذه
معيبا لانقطاع ملك المشترى ع

العيب

العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عنده وان اعتق
على مال او قتل او اكل كل الطعام او بعضه او لبس الثوب فتخرق لم يرجع (او كاتبه)
اما فى الاعتاق على مال فلانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن
ابى حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض واما الكتابة فلانها
كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها وان عجز المكاتب ينبغى ان يرده
بالعيب لزوال المانع وهذا كما قالوا اذا ابق العبد المبيع ثم ظهر عيبه
لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف
ما دام حيا لان رجوعه محتمل فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع
واما فى القتل وابعده فالاصل فيه ان امتناع الرد اذا كان بفعل مضمون
من المشترى لا يرجع بشئ لانه اذا كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن
شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا له واذا امتنع الرد لا بفعله
بان هلك او بفعل غير مضمون منه يرجع لانتفاء الامساك ثم القتل
فعل مضمون اذ لو باشره فى ملك الغير يضمن وانما برئ عن الضمان هنا
بملكه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا
واما الاكل واللبس فعلى الخلاف فلا يرجع عند ابى حنيفة وعندهما يرجع
لانه صنع فى المبيع ما يعتاد فعله فيه ويشترى لاجله فلا يمنع عن الرجوع
كالاعتاق ولو انه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فلا يرجع كالاحراق
والقتل شرى نحو بيض وبطيخ وجوز فكسره فانتفع به فى الجملة ولو بالنظر
الى الدود فله نقصانه اى لا يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بالنقصان
دفعا للضرر بقدر الامكان والا اى وان لم ينتفع به اصلا فكل الثمن اى فللمشترى
كل الثمن لانه ليس بمال فالبيع باطل ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره كما قيل لان
ماليته باعتبار اللب باع مشتريه ورد عليه بعيب بقضاء متعلق بقوله
رد بعد ما تعلق به قوله بعيب رد على بايعه يعنى باع عبدا فباعه المشترى

الضمان بيان

ثم رده عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي اولا فان كان الاول فاما ان يكون
باقرار بعضي ان المشتري الثاني ادعى على البايع الثاني اقراره بالعيب والبايع انكر
فاثبته المشتري بالبينة واما اجنبي الا هذا الثاني وبل لانه اذا اقر باقراره له
يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب فلا يكون لان يرده
على بايعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او نكول وفي كل منهما له ان يرده على
بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قايم
فله الخصومة والرد بالعيب غاية الامر انه انكر قيام العيب فلزم التناقض لكنه
صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي فارتفع التناقض وصار كمن باع المشتري شيئا
واقر ان البايع باع ملك نفسه ثم ظهر المستحق لا يبطل حقه في الرجوع على البايع
بالثمن وان كان الثاني وهو ان يكون الرد بغير قضاء من المشتري له اي ليس له الرد على بايعه
لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبايع الاول ثالثهما هذا اذا رده
المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا رده قبله فلا فرق بينهما سواء كان الرد
بقضاء او بغيره لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد
بخيار الرؤية او بخيار الشرط ثم اذا رده عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله بعد القبض صح كالاول
الا ان يدعي ان يخاصم البايع هو الصحيح قبض مشتريه وادعى عيبا لم يجبر المشتري بعد دعوى
العيب على دفع ثمنه اذ لو دفع فلعل العيب يظهر فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا
لقضائه عن الانتقاض بل يبرهن على ثبوت العيب فيرد المعيب ان امكن والا
يرجع بالنقصان كما مر او يحلف اي المشتري البايع على عدم العيب ان لم يكن شاهد
ويدفع الثمن وان كان له شاهد غايب فهو دفع ايضا الثمن ان حلف بايعه لان في
الانتظار ضرر بالبايع وليس في الدفع كثير ضرر لانه على حجته في الزام العيب وقد وقعت
العبارة في الهداية هكذا ان اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى
يحلف البايع او يقيم المشتري بينة وقد تكلفوا في توجيهها ما تكلفوا والحق انها
من قبيل اللف والنشر التقديري تقديره لم يجبر المشتري على دفع الثمن ولا يكون للمشتري

حتى

حتى الرد على البايع حتى يحلف البايع او يقيم المشتري بينة ومنه فايدة افادها صاحب كشف
الكشاف في تحقيق قوله تعالى يوم يأتي بعض آيات ربك لا ينفع نفسا ايمانها لم تكن آمنت
من قبل او كسبت في ايمانها خيرا انه من قبيل اللف والنشر التقديري والمعنى لا ينفع نفسا
ايمانها ولا عملها لم تكن آمنت من قبل او كسبت في ايمانها خيرا ادعى اباقا يعني اشترى
عبدا فادعى انه ابق واراد تحليف البايع على انه لم يأبق عنده اي المدعى لم يحلف
البايع حتى يثبت المدعي انه ابق عنده اي عند نفسه لان القول وان كان قول البايع لكن
الانكار انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته تكون بالبينة ثم اذا اثبته حلف
اي البايع على البتات مع انه فعل الغير قال شمس الائمة الحلواني التحليف على فعل الغير يكون
على العلم مطردا في جميع المسائل الا في دعوى الاباق حيث يحلف على البتات لان البايع
يدعي تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيقال في التحليف بالله ما ابق قط
او ما له حق الرد عليك من دعواه هذه او لقد سلمته وما به هذا العيب لانه يوهم
تعلقه بالشرط فيه ايضا وان في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين وهي
حالة التسليم واذا لم يثبت متعلق بقوله حتى يثبت يعني اذا لم يثبت انه ابق
عند نفسه يحلف بايعه عندهما انه اي البايع لا يعلم انه اي العبد ابق
عنده لان الدعوى صحيحة حتى يترتب عليه البينة فكذا اليمين واختلفوا
على قول الامام وله على ما قال البعض ان الدعوى لا تصح الا من خصم ولا
بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين فعندهما يحلف ثانيا لطلب المشتري
الرد عليه فان نكل يثبت العيب عند المشتري فاذا اراد الرد على البايع بهذا العيب
يحلف البايع على البتات كما تقدم من قوله بالله ما له حق الرد عليك فان حلف لا يرد
وان نكل يرد عليه ثم الدعوى ان كانت في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ
الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ كذا في الهداية اقول
ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكهما في
العلة واليه اشار في غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب

الثلاثة اختلفا اى البايع والمشترى بعد التقابض فى قدر المبيع يعنى
اشترى عبدًا وتقابضا فوجد به عيبًا فقال البايع بعتك هذا وآخر معه
وقال المشترى بعتنيه وحده فايدة دعوى البايع ح تنقيص حصة الثمن
على تقدير الرد وهذا اذا قال وتقابضا او المقبوض بان اشترى عبدين فقال
البايع قبضتهما وقال المشترى قبضت الا احدهما فالقول فى الصورتين
للمشترى لانه قابض والقول للقابض كما فى الغصب اشترى عبدين صفقة
واحدة وقبض احدهما ووجد به او بالآخر عيبًا اخذهما او ردهما ولو
قبضهما رد المعيب فقط لان تمام الصفقة بالقبض وقبل القبض لا يجوز
تفريقها لانه يكون بيعًا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وبعد القبض لانه يجوز
يكون بيعًا بالحصة بقاء وهو جايز كما تقرر فى كتب الاصول قبض كيليًا
او وزنيًا ووجد ببعضه عيبًا رده كله او اخذه لان المكيل والموزون اذا كان
من جنس واحد كان كشىء واحد قيل هذا اذا كان فى وعاء واحد وان كان فى
وعائين كان بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى فيه العيب لا الآخر ولو استحق
بعضه اى بعض المكيل او الموزون لم يخير بعد القبض فى رد ما بقى اذ لا
يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد
لا المالك واما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام
وفى الثوب يخير لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع وظهر
بالاستحقاق اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها او قبلها او مسها
بشهوة ثم وجد بها عيبًا لم يردها مطلقًا اى سواء كانت بكرًا او ثيبًا نقصها
الوطء او لا لان كلا منها عيب حادث ويرجع بالنقصان لامتناع الرد
الا اذا رضى البايع باخذها لان الامتناع كان لحقه فاذا رضى زال الامتناع
الحادث عن العيب اذا زال فالقديم يوجب الرد يعنى اذا اشترى شيئًا
فحدث فيه عيب ثم اطلع على عيبه القديم لم يرده لان حدوث العيب عنده مانع

من الرد واذا زال جاز الرد لعود الممنوع بزوال المانع ظهر عيب مبيع لغايب
عند القاضى فوضعه عند عدل فهلك كان اى الهلاك على الآخذ وان قضى بالرد على
البايع يعنى اشترى جارية من رجل وغاب البايع فاطلع المشترى على عيب الجارية
فرفع الامر الى القاضى واثبت عنده الشراء والعيب فاخذها القاضى ووضعها
على يد عدل فماتت فى يده وحضر البايع ليس للمشترى ان يسترد الثمن لان الرد
على البايع لم يثبت لمكان غيبته فكان الهلاك على المشترى قال فى الخلاصة
قلت ينبغى ان يكون هذا فيما اذا لم يقض القاضى بالرد على البايع بل اخذ
منه فوضعها عند عدل اما اذا قضى على البايع بالرد فينبغى ان يهلك من مال الغايب
ويسترد الثمن لان اقصى ما فى الباب ان هذا قضاء على الغايب من غير خصم لكنه
ينفذ فى اظهر الروايتين عن ابى حنيفة واصحابه مداواة المعيب وعرضه على البيع
ولبسه واستخدامه وركوبه فى حاجته رضى لان كلا منها دليل الاستبقاء ولو كان ركوبه
للرد لا اى لا يكون رضى لانه وسيلة الى الرد كالسقى وشراء العلف عليه وركوبه لهما
اذا كان عن ضرورة بان لا ينساق ولا ينقاد او يكون العلف فى عدل واحد لا يكون
رضى واذا عدم الضرورة كان رضا قطع المقبوض اى قطع يد المبيع المقبوض
او قتل بسبب كان عند البايع رد المقطوع لبقاء عينه واخذ ثمنهما اى ثمنى
المقطوع والمقتول يعنى اشترى عبدًا قد سرق ولم يعلم به المشترى فقطع عند المشترى
له ان يرده ويأخذ ثمنه وقالا لا يرده بل يرجع على البايع بقيمته سارقًا وغير سارق وعلى
هذا الخلاف اذا قتل فى يد المشترى بسبب وجد فى يد البايع وهو بمنزلة الاستحقاق عنده
وبمنزلة العيب عندهما ولهما ان الموجود فى يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا
ينافى المالية فينفذ العقد فيه لكنه معيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب
الوجوب حصل فى يد البايع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب
السابق قوله ... يعلم به المشترى يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به
ولا يفيد على قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كما سيأتى

الثمن صح

مطلب قضاء القاضى على الغايب ينفذ

في مباحث الاستحقاق باع بشرط البراءة من كل عيب ولم يسم العيوب بعدها
صح وقال الشافعي لا يصح بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق
المجهولة لا يصح لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح
ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا يفضي الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم
الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدة ويدخل فيه اي في هذه البراءة العيب
الموجود حال العقد والحادث بعد العقد قبل القبض عند ابي يوسف
وقال محمد لا يدخل فيه الحادث بعد العقد وهو قول زفر قال مشتري العبد
لمن ساومه اشتره فلا عيب به صورته اشترى زيد من بكر غلاما فاراد ان يبيعه
من بشر فقال للبشر حين المساومة اشتره فلا عيب به ولم يبع الغلام
من بشر فوجد زيد به عيبا كان ينبغي ان لا يجوز رده على البائع لا
اقراره بعدم العيب لكنه يرد على بائعه ولا يبطله اي لا يبطل الاقرار
السابق بعدم العيب لانه مجاز عن الترويج لظهور انه لا يخ عن عيب ما فيتيقن
القاضي بان ظاهره غير مراد له ولو عينه اي العيب بان قال لا عور به او لا شلل
لا اي لا يرده لاحاطة العلم به الا ان يحدث مثله بان قال ليس به اصبع
زائدة ثم وجد به اصبعا زائدة له ان يرد لتيقننا بكذبه في الاقرار كقوله
لغيره قطعت يدك ويده صحيحة قال بائع عبد لغيره عبدي هذا ابق
فاشتره مني فلم يشتره فباعه من اخر فوجده المشتري الثاني ابقا لا يرده بما سبق
من اقرار البائع الاول لم يبرهن انه ابق عنده اي عند البائع الاول
المقولة ان الموجود من البائع الثاني السكوت عند اقرار البائع الاول
واقراره ليس بحجة على المشتري الاول وهو البائع الثاني لعبد او امة
قال اعتق البائع او دبره او ولدت الامة او هو حر الاصل وانكر البائع
وحلف يعجز المدعي عن الاثبات قضى عليه اي على المشتري بالعتق والتدبير
والاستيلاد لاقراره بما ذكر ورجع بالعيب ان علم به لان المبطل للرجوع

ازالته

ازالته عن ملكه لا بغيره بانشائه او اقراره ولم يوجد حتى لو قال باعه وهو ملك
فلان وصدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان لانه اخرجه عن ملكه في
الظاهر باقراره كانه وهبه كذا في الجامع الكبير باع الامام او امينه غنيمة
محرزة حتى لو لم تكن محرزة لم يجز بيعها لانها لا تملك كما مر في باب السير ووجد
المشتري في المبيع عيبا لا يرده عليهما اي الامام وامينه لان الامين
لا ينتصب خصما بل الامام ينصب له خصما ولا يحلف لان فائدة الحلف
النكول ولا يصح نكوله واقراره فاذا ثبت عليه العيب رده ويدفع
الثمن اليه النقص والفضل يرجع الى محله اي ان نقص الثمن الاخر عن الاول
ان كان المبيع من اربعة الاخماس يعطى منها وان كان من الخمس يعطى منه
وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه لان الغرم بالغنم باب
البيع الفاسد لقب الباب به وان كان فيه الباطل والموقوف
والمكروه ايضا لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه فالباطل ما لا يصح اصلا
ووصفا ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى عبدا بميتة وقبضه واعتق
لا يعتق والفاسد ما يصح اصلا لا وصفا ويفيد الملك عند اتصال
القبض به حتى لو اشترى عبدا بخمر وقبضه فاعتقه يعتق والموقوف ما يصح
باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق
حق الغير والمكروه ما يصح باصله ووصفه لكن جاوره شيء منهي كالبيع عند
اذان الجمعة اذا تقرر هذا فاعلم انه بطل بيع ما ليس بمال والبيع به اي جعله
ثمنا بادخال الباء عليه كالدم والريح والميتة بسكون الياء والميتة بتشديد
الياء اي الميتة التي ماتت حتف انفها مثل الموقوذة فانها مال عند اهل
الذمة كالخمر والخنزير كما ياتي والمعدوم ومنه حق التعلي فانه معدوم
محض ومنه ايضا المضامين جمع مضمونة وهي ما في اصلاب الفحول من
الماء والملاقيح جمع ملقوحة وهي ما في البطن من الجنين ويجب ان يحمل

ههنا على ما يكون والا كان حلالا وسيأتي ان بيع الحمل كالمدله باطل والنتاج
بكسر النون من نتجت الدابة على البناء للمفعول وهو حمل الحبلة وبيع امة
تبيّن انه ذكر الضمير لتذكير الخبر عبد وعكسه وهو بيع عبد تبيّن انه امة
فان الامة ليست بعبد وكذا العكس فيكون بيع معدوم وانما لم يكن
هذه الاشياء مالا لان المال موجود يميل اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع
وهذه الاشياء ليست كذلك لان صفة المالية للشيء يثبت بتمول كل
الناس او بعضهم اياه والتقوم انما يثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد تثبت
صفة التقوم بلا صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح
بيعها وان ابيح الانتفاع بها لعدم تمول الناس اياها كذا في الكافي ومتروك
التسمية عمدا فان قيل ينبغي ان لا يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه
بخلاف الشافعي يصح فيه كالمدبر فينفذ فيه البيع بقضاء القاضي قلنا حرمته
منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه فلا
ينفذ بالقضاء كذا في الكافي وما في حكمه اي حكم ما لم يملك كام الولد والمكاتب
والمدبر فان بيع هؤلاء ايضا بطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا
بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء بطل بقاء لحوق الحرية لا ابتداء
لعدم حقيقتها ولهذا جاز بيعهم من انفسهم فبطل ما قيل لو بطل بيع
هؤلاء لكان كبيع الحر ولزم بطلان القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم
الى الحر وذلك لانهم دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه
لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز كما قرر
بخلاف الحر فانه لما لم يدخل في البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء
وانه بطل وسيأتي وبيع مال عطف على بيع ما ليس بمال غير متقوم كالخمر و
الخنزير وميتة لم تمت حتف انفها قيد بها ليكون مالا كالخمر والخنزير
حتى لو ماتت حتف انفها لا يكون مالا عند اهل الذمة ايضا بالثمن اي الدراهم

و

والدنانير والفلوس النافقة متعلق بقوله وبيع مال وانما بطل بيعها
بالثمن لانه لا يفيد الحكم في طرف المبيع فان المبيع هو الاصل في البيع
لتوقف البيع على وجوده بخلاف الثمن والاصل ليس محلا للتمليك فكذا
التبع لان ثبوته في الذمة انما يكون حكما لتملكه بمقابلة تملك مال آخر
فاذا لم يوجد ذلك فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم
وان قوبلت بعين فسد البيع حتى يملك ما يقابلها وان لم يملك عين
الخمر والخنزير كما سيأتي وبطل ايضا بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت
الى ميتة ماتت حتف انفها قيدت به ليكون كالحر وانما بطل بيع القن
والذكية وان سمي ثمن كل لان الحر غير داخل في البيع اصلا لكونه
غير مال وبضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن وجعل غير المال شرطا
لقبول المبيع مبطل للبيع وصح بيع قن ضم الى مدبر او قن غيره
وملك ضم الى وقف لانه محل البيع عند البعض فبطل فيه لا في القن الذي
الى غيرها وبيع لا مجيز له حال العقد كبيع الصغير او وصيه ماله بغبن
فاحش قال في العمادية فان كان بيعهم واجارتهم بغير الاب والجد ووصيهما
القاضي بمثل القيمة او باقل بقدر ما يتغابن الناس في مثله جاز وان كان قدر
ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز ولا يتوقف على الاجازة بعد الادراك لانه
هذا عقد لا مجيز له حالة العقد وبيع نفي فيه الثمن فانه اذا نفي فقد نفي الركن فلم
يكن بيعا وقيل ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفي العقد واذا لم يصح نفيه صار
كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عنه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض
كما سيأتي وحكمه اي حكم البيع الباطل ان المبيع به لا يملك اي لا يكون ملكا للمشتري
لان الباطل لا يترتب عليه الحكم بخلاف الفاسد لما مر فان هلك المبيع عند
المشتري لم يضمن لان المقبوض امانة عنده لان العقد اذا بطل بقي مجرد
القبض باذن المالك وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدي وقيل يكون مضمونا

لا يثبت في الذمة

لانه صار كالمقبوض على سوم الشراء وهو ان يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا
فان رضيت به اشتريته بما ذكر اما اذا لم يسمه فذهبت فهلكت عنده لا يضمن
نص عليه الفقيه ابو الليث قيل وعليه الفتوى كذا في العناية ثم لما فرغ
عن بيان البيع الباطل شرع في بيان البيع الفاسد فقال وفسد لكن
بيع سكت اى وقع السكوت فيه عن الثمن فان البيع لا يبطل به
بل ينعقد ويثبت الملك بالقبض لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة
فاذا سكت كان غرضه القيمة فكانه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل
وفسد بيع عرض بخمر وعكسه لان مشتري العرض انما يقصد تملك
العرض بالخمر وفيه اعزاز للعرض لا الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك
العرض لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة العرض
لا الخمر وكذا اذا باع الخمر بعرض بان ادخل الباء في العرض اذ يعتبر
شراء العرض لا الخمر لكونه مقايضة وفسد ايضا بيعه اى العرض
بام الولد والمكاتب والمدبر حتى لو تقابضا ملك مشتري العرض العرض لانهم يدخلون
في العقد حتى لا يبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كانوا كالحر
لبطل وفسد بيع سمكة لم يصد لانه بيع ما لا يملكه او صيد وألقي في ما لا يحظره
لا يؤخذ منه الا بحيلة لانه غير مقدور التسليم الا اذا دخل في الحظيرة بنفسه ولم
يسد مدخله لعدم الملك وفسد بيع طير في الهواء لانه قبل الاخذ غير مملوك
فيكون الفساد بمعنى البطلان وبعده غير مقدور التسليم وانما قال لا يرجع
لما قال الزيلعي اذا كان الطير يطير في الهواء ولم يرجع لم يجز بيعه واما اذا كان له وكر
عنده يطير منه في الهواء ثم يرجع اليه جاز بيعه والحمام اذا علم عودها و
امكن تسليمها جاز بيعها لانها مال مقدور التسليم وفسد ايضا بيع الحمل
جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به
وعدم الثاني مشكوك فيه وفسد ايضا بيع امة الا حملها لما تقرر ان ما لا يصح

افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل كذلك لانه بمنزلة اطراف
الحيوان لاتصاله بها خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون
على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يفسد به وفسد ايضا
بيع لبن في ضرع للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولؤلؤ في صدف للغرر
وصوف على ظهر الغنم كما مر وجذع في سقف وذراع من ثوب
يعني اذا باع جذعا من سقف او ذراعا من ثوب يضره التبعيض
كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع او لا اذ لا يمكنه التسليم
الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتحقق
المنازعة بخلاف ما لا يضره التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة
وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء المانع وبهذا التقرير يندفع
ما يقال ان هذا الضرر رضي به فينبغي ان لا يكون مفسدا ولو لم يكن الجزء
معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قطع
الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد قبل التقرر
وضربة القانص وهو ما يخرج من الماء بضرب الشبكة مرة لانه مجهول
والمزابنة وهو بيع التمر بالثاء المنقوطة بالثلاث على النخيل بتمر بالتاء
المنقوطة بثنتين مجدود مثل كيله خرصا للنهي عنه وشبهة الربوا و
الملامسة والمنابذة والقاء الحجر فانه بيوع كانت في الجاهلية بان
يتساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع
او وضع المشتري عليها حصاة لزم فالاول الملامسة والثاني المنابذة
والثالث القاء الحجر وقد نهى صلعم عن الاولين والحق بهما الثالث
بدلالة النص وفسد ايضا بيع الكلاء بالقصر وهو ما يخرج من النبات
كذا اى يفسد ايضا اجارته اما فساد البيع فلانه ورد على ما ليس بمملوك
للبائع اذ يحتج بنبات الكلاء في ارضه لا ينقطع شركة الناس عنه والاصل

مملوكا فيبقى على الاباحة ما لم يوجد الاحراز قال عم الناس شركاء في الثلاث
في الماء والكلاء والنار واما فساد اجارته فلورود ما على استهلاك العين
ومحل الاجارة المنافع دون الاعيان ولا يلزم الصبغ واللبن في
استيجار الصباغ والظئر لان العين ثم آلة لاقامة العمل المستحق
بالاجارة والحيلة فيه ان يستاجر موضعا من الارض ليضرب فيه فسطاطا
او ليجعلها حظيرة غنم فتصح الاجارة ويبيح صاحب المرعى الانتفاع
له بالمرعى فيحصل مقصودهما كذا في الكافي والنحل فان بيعه فاسد عند
ابي حنيفة وابي يوسف وصح عند محمد اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع
حقيقة وشرعا وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام
فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع ليس بعينه بل بما يخرج منه فلا يكون
منتفعا به قبل الخروج الا مع كوارته فيها العسل فيجوز بيعه تبعا
لها ذكرها القدوري في شرحه وقال الكرخي لا يجوز معها ايضا لان الشيء
انما يدخل في البيع تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق كذا
في الكافي ودود القز وبيضه فان بيعهما لا يجوز عند ابي حنيفة و
ابي يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه ايضا معه لابي حنيفة
ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات
وبيضها ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المآل فصار كالجحش
والمهر ولان الناس قد تعاملوا فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع
وبه يفتى كذا في الكافي والابق لنهي النبي عم عن بيعه ولانه غير التسليم
الا ممن يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع آبق مطلقا وهو ان يكون
ابقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري فلو قال هو عند
فلان فبعه مني لم يجز لانه ابق في حق المتعاقدين ولو باعه ثم عاد
من الاباق لا يتم العقد وقيل يتم ولبن امرأة حرة كانت او امة لانه

جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وعن
ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة اذ يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا
اجزاؤها قلنا نفسها محل للرق لاختصاصه بمحل القوة التي هي ضده
وهو الحي ولا حياة في اللبن في وعاء قدحا كان او غيره قيد به دفعا
لما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كساير البان الحيوانات وفي الوعاء
يجوز وشعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه وجاز الانتفاع
به للخرز ونحوه للضرورة فان الاساكفة محتاجون في خرز النعال
والاخفاف اليه لانه لا يتأتى الا به ولا ضرورة في شرائه لوجوده مباح
الاصل ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد
لا لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق
للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع يغايرها و
شعر الانسان لان الآدمي مكرم والبيع متبذل فلا يجوز ان يكون
شيء من اجزائه مهانا مبتذلا كذا في الكافي كما لا يجوز بيعه لا يجوز الانتفاع
به كما ذكر وجلد الميتة قبل الدبغ لانه غير منتفع به لقوله عم لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وهو غير المدبوغ منه ويباع وينتفع به لانه طهر
بالدباغ كعظم الميتة وعصبها وصوفها ووبرها وقرنها فان كلا منها
يباع وينتفع به لكونه طاهرا باصل الخلقة لعدم حلول الحيوة فيها كما
في كتاب الطهارة والفيل كالسبع حتى يجوز بيع عظمه والانتفاع بعظمه
وعند محمد نجس العين وفسد ايضا بيع زيت على ان يوزن بظرفه و
يطرح عنه بكل ظرف كذا رطلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف واقل الا
اذا عرف ان وزنه كذا رطلا فيجوز لانه مقتضى العقد اختلفا في الزق
بعدما اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزنه فجاء عشرة ارطال فقال البايع
الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول للمشتري لان هذا الاختلاف

اما الا يعتبر في تعيين الزيف المقبوض او مقدار الثمن فان كان للاول فالمشتري قابض
والقول قول القابض ضمينا كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو
في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول
للمنكر مع يمينه وشراء ما باع عطف على قوله وبيع عرض اي فسد شراء ما باع بالاقل
اي اقل مما باع قبل النقد اي نقد الثمن الاول وصورته اشترى جارية بالف حالة او
نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فسد البيع الثاني
وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع
وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض
ولنا ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع فاذا وصل اليه المبيع ووقعت
المقاصة بقي له خمسمائة وهو بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان
الفضل انما يظهر عند المجانسة بخلاف ما ضم اليه وبيع المجموع بالثمن
الاول قبل نقده صورته اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها
من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فالبيع فاسد في الذي اشتراها
من البائع وصحيح في الذي لم يشترها منه اذ لا بد ان يجعل بعض الثمن
بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد
ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه باعتبار شبهة
الربوا فلو اعتبر فيما ضمت اليها كانت اعتبارا لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة
صح بيع الطريق حد اي بين له طول وعرض ولا اي لم يحد اما الاول
فظ واما الثاني فلانه اذا لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمي
كذا في النهاية وعلى التقديرين يكون عينا معلوما فيصح بيعه وهبته
وفي التاتارخانية الطريق ثلثة طريق الى الطريق الاعظم وطريق الى سكة غير
نافذة وطريق خاص في ملك انسان فالطريق الخاص في ملك الانسان
لا يدخل في البيع من غير ذكره اما نصا او بذكر الحقوق او المرافق والطريقان

الا في

قوله وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن كذا في بعض نسخ الكتاب ... الشهيد

الا فوان يدخلان في البيع من غير ذكر لا بيع مسيل الماء وهبته لانه مجهول
اذ لا يدري قدر ما يشغله من الماء ويصح بيع حق المرور تبعا للارض
بالاجماع ووحده في رواية وهي رواية ابن سماعة وفي رواية الزيادات
لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث بانه حق من الحقوق وبيع الحقوق
بالانفراد لا يجوز والشرب كذلك اي صح بيعه تبعا للارض بالاجماع
ووحده في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء ولم يجز في
اخرى وهو اختيار مشايخ بخارا للجهالة لا بيع حق التسييل وهبته لانه
ان كان على السطح كان حق التعلي وقد مر انه بيعه بط وان كان على الارض
كان مجهولا لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور على احدى الروايتين
وحق التعلي ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهي البناء فاشبه
المنافع وحق المرور يتعلق بعين تبقى وهي الارض فاشبه الاعيان
ولا البيع الى النيروز معرب نوروز وهو اول يوم الربيع والمهرجان
وهو الخريف وانما لم يجز لان النيروز يختلف يلي نوروز السلطاني
ويلي نوروز الدهاقين ونيروز المجوس كذا في الكفاية ولى صوم
النصارى وصوم فطر اليهود اذا لم يعرفاه اي المتبايعان خصوص
اليوم لجهالة الاجل فاذا عرفاه جاز بخلاف فطر النصارى بعدما شرعوا
في صومهم لان مدته بالايام معلومة وهي خمسون يوما ذكره الامام التمرتاشي
وقدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع والدياس
وهو ان يوطأ الطعام بقوائم الدواب ونحوها والقطاف قطع
العنب والجزاز قطع ثمر النخل والصوف وانما لم يجز لانها تتقدم
وتتاخر ويكفل اليها اي الى هذه الاوقات لان الجهالة اليسيرة متحملة
في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة للاختلاف في الصحابة رضوان الله تعالى
عليهم اجمعين في انه يمنع جواز البيع اولا وصح اي البيع ان اسقط الاجل

قبل حلوله لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع مطلقا ثم أجل الحاكم الثمن
الى هذه الاوقات صح لان هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة في الدين متحملة
وبشرط عطف على النيروز اي ولا يصح البيع بشرط لا يقتضيه العقد وفيه
نفع لاحدهما اي احد العاقدين او لمبيع يستحق اي النفع بان يكون
آدميا وانما فسد البيع لانهما اذا قصدا المقابلة بين المبيع والثمن
فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب البيع بالشرط فيه فكان زيادة
مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد
شرط فيه الربوا يكون فاسدا كشرط ان يقطعه اي المبيع وهو ثوب
البايع ويخيطه قباء فانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما
او كشرط ان يحذوه اي المبيع وهو صرم نعلا يقال حذا اي نعلا اي
عملها او كشرط ان يشركها اي النعل من التشريك اي يضع عليها الشراك
وهو سيرها الذي على ظهر القدم كذا في المغرب وصح البيع في النعل استحسانا
للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب او كشرط ان يستخدمه اي المبيع
وهو عبد هذا نظير شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع وانما قال
شهرا لما مر ان الخيار اذا كان ثلثة ايام جاز ان يشترط فيه الاستخدام او يدبره
او يكاتبه او يستولدها او لا يخرج القن عبدا كان او امة عن ملكه هذا
مثال شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمبيع وهو يستحق فان القن
يعجبه ان لا يتداوله الايدي فتوجد زيادة خالية عن العوض فيفسد
البيع وفرع على الاصل المذكور بقوله فصح اي البيع بشرط يقتضيه العقد
كشرط الملك للمشتري او لا يقتضيه ولا نفع فيه لاحد كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة فانها ليست باهل للنفع جاز امر المسلم ذميا بيع خمر او
خنزير وشرائهما وامر المحرم غيره اي غير المحرم بيع صيده وقالا لا يجوز
لان الموكل لا يليه بنفسه فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج

بهذا الشرط صح

مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشر بنفسه وله ان المعتبر
في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل وهي اهلية التصرف في المامور به
والنصراني في ذلك واهلية الموكل وهي اهلية ثبوت الحكم له والموكل في ذلك حكما
للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا يرى بما صح ثبوت
ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير وايضا
العبد الماذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم اتفاقا
واذا ثبتت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب
ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه وقد قالوا هذه الوكالة
مكروهة اشد كراهة وحكمه ان المشتري اذا قبض المبيع برضى بايعه صريحا او دلالة
بان قبضه في مجلس العقد بحضرته ولم ينهه ملكه وقال الشافعي لا يملكه وان
قبضه لانه حرام فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتنافي
بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر
بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر عن اهله ووقع في محله فوجب القول
بانعقاده فلا شك في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وهو حاصل
والنهي عن الافعال الشرعية يقتضي تقرر الشرعية لانه يقتضي تصور المنهي عنه
اذ النهي عما لا يتصور لغو وتحقيقه ما ذكره في مرآة الاصول ان مدار الامر والنهي
فالنهي عن الافعال الحسية يقتضي كونها مقدورة عقلا وعن الافعال
الشرعية يقتضي كونها مقدورة شرعا والا كان عبثا محضا فان
الظاهر ان الامور الحسية فاذا قلت لشخص لا تطر يكذبك كل من يسمعه
لانتفاء القدرة وكذا اذا قلت للاعمى لا تبصر والبيع من الافعال الشرعية
فاذا نهي عنه وجب ان يكون مقدورا شرعا وهو المعني بقول علمائنا النهي
عن الافعال الشرعية يقتضي المشروعية باصله وغير المشروعية بوصفه فان
الامر ناظر الى المقدورية شرعا والثاني الى النهي فنفس البيع مشروع وبه ينال

والنهي المقدورية صح
قال وعن الامور العقلية يقتضي كونها مقدورية صح

نفي الملك وانما الحرمة لامر عارض وعدم ثبوت الملك قبل القبض حذرا عن
تقرير الفساد المجاور ولانه واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن
المطالبة اولى لان الدفع اسهل من الرفع والميتة ليست بمال فانعدم
الركن فان كان الخمر مثمنا فقد مر وجهه ولزمه اي ان هلك المقبوض في يد المشتري
لزمه مثله حقيقة وهو الذي يماثله صورة ومعنى ان كان الهالك مثليا او
مثله معنى فقط وهو القيمة ان كان الهالك قيميا لانه مضمون بالقبض كالغصب
وتعتبر قيمته يوم القبض وان زادت قيمته في يده فاتلف فانه دخل في ضمانه
بالقبض فلا يتغير كالمغصوب كذا في الكافي ويجب على كل منهما اي المتبايعين
لم يقل لكل منهما اشارة الى وجوب الفسخ واللام يفيد الجواز فسخه قبل
القبض دفعا للفساد وكذا بعده اي بعد القبض ما دام اي المبيع في يد المشتري
لم يقل ان كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين ولمن له الشرط
ان كان بشرط زائد لما نقل صدر الشريعة عن الذخيرة وصاحب الخلاصة
عن التجريد انه قول محمد واما عندهما فلكل منهما حق الفسخ لان
الفسخ لحق الشرع لا لحق احد المتعاقدين فانهما راضيان بالعقد
فان باعه اي باع المشتري شراء فاسدا ما قبضه او وهبه وسلم او اعتقه نفذ
بيعه وهبته واعتاقه لانه لما ملكه ملك التصرف فيه فلا يتصور الفسخ فيه
لتعلق حق العبد بالثاني وفسخ البيع الاول كان لحق الشرع وحق
العبد يقدم لحاجته فعليه قيمته لما مر انه مضمون بالقبض كالغصب و
الكتابة والرهن كالبيع لانهما لازمان فيثبت عجزه عن رد العين فيلزم
القيمة الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال
المانع قبل تحول الحق الى القيمة كذا في الكافي ولا يشترط القضاء في فسخ
الفاسد لان الواجب شرعا لا يحتاج الى القضاء ولا يبطل حق الفسخ بموت
احدهما اي احد من البايع والمشتري وبه يفتى كذا في الخلاصة

وفيه



وفيه زيادة تفصيل فمن اراده فلينظر ثمة وله اي للبايع ان لا يأخذ
المبيع بائعه بعد الفسخ حتى يرد ثمنه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا
به كالرهن فان مات اي البايع فالمشتري احق به اي فيما اشترى حتى يأخذ ثمنه لانه
يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالمرتهن ثم ان كانت
دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها يتعين في البيع الفاسد في الاصح و
ان كانت مستهلكة اخذ مثلها لانها مثلية طاب للبايع ما ربح في الثمن
لا المشتري في المبيع صورته اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها
وربح فيها تصدق بالربح وطيب للبايع ما ربح في الثمن قال في الهداية والفرق
ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن
الخبث فلا يجب التصدق وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر في الهداية
في المسئلة السابقة فيما اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها
لانها يتعلق بالتعيين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب
فهذا يناقض قلتم من عدم تعيين الدراهم والدنانير قلنا يمكن التوفيق
بينهما بان لهذا العقد شبهين شبه الغصب وشبه البيع فاذا كانت
قائمة اعتبر شبه الغصب سعيا في رفع الفساد فاذا لم تكن قائمة فاشترى
بها شيئا يعتبر شبه البيع حتى لا يسري الفساد الى العقد الثاني بدله لما ذكرنا من شبهه الشبهة
اقول لا يخفى على المتأمل المنصف ان ما ذكره لا يفيد التوفيق بين
كلامي الهداية فالوجه ما قال في العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة
وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي ما مر انها يتعين في البيع الفاسد اعلم
ان الخبث في المال نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد
في الملك والمال ايضا نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود
فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف

لتعلق العقد به من حيث يكون سلامة المبيع به او تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فتمكن فيه شبهة الخبث صح

في العوض والنقد وربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد لتعلق العقد
بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين يتمكن
شبهة الخبث واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين
لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين
ثمه شبهة هنا فيعتبر وشبهة فيما لا يتعين ثمه ينقلب شبهة الشبهة هنا
فلا يعتبر كما طاب ربح مال ادعاه فقضي ثم ظهر عدمه بالتصادق على عدم الدين صح
صورته ادعى على رجل مالا فقضاه فربح فيه المدعي ثم تصادقا
على ان هذا المال ليس على المدعى عليه فالربح طيب لان الخبث هنا
لفساد الملك لان الدين وجب باقرار ثم استحق بالتصادق وبدل
المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين بنى في دار شراها فاسدا او
غرس في ارض شراها فاسدا لزم قيمتهما اي قيمة الدار والارض وفات
نقض البناء ورد الدار وكذا الغرس لان حق الشفيع اضعف
من حق البايع اذ يحتاج فيه الى القضاء او الرضاء ويبطل
بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع والاضعف اذا لم يبطل
بشيء فما هو اقوى اولى ان لا يبطل وحق الشفيع لا يبطل بالبناء
والغرس فحق البايع كذلك ولهما ان البناء والغرس حصلا للمشتري
بتسليط من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد
كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه
ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر
فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن الاول او بالقيمة وان لم يكن
في الفاسد شفعة لان حق البايع قد انقطع هنا وعلى هذا صار
حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البايع لوجوده
منه ثم لما فرغ عن بيان البيع الفاسد واحكامه شرع في بيان البيع الموقوف

وبيع صـ

والحكام فقال ووقف مال اليتيم على اجازته وبيع العبد والصبي المحجور
على اجازة مولاه وعلى اجازة الاب والوصي وبيع ماله من فاسد عقل
غير رشيد على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستاجر وارض في مزارعة
الغير على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع ولو تفاسخا الاجارة لزم
ان يسلم الى المشتري وكذا لو قضى الراهن المال او ابراه المرتهن ورد
الرهن عليه تم البيع وبيع شيء برقمه والبايع يعلم والمشتري لا يعلم توقف
ان علم المشتري في مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل وبيع المبيع
من غير المشتري يعني باع شيئا من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثاني
حتى لو تفاسخا الاول لا ينفذ الثاني لكن يتوقف على اجازة المشتري
ان كان بعد القبض وان كان قبله في المنقول لا في العقار فعلى الخلاف
الموقوف الذي سياتي وبيع المرتد عند ابي حنيفة وقدم في بابه والبيع
بما باع فلان والبايع يعلم والمشتري لا يعلم ان علم في المجلس صح والا
بطل والبيع بمثل ما يبيع الناس به او بمثل ما اخذ به فلان ذكر في شرح الشافي
انه لا يجوز وفي نسخة الامام السرخسي هذا اذا لم يعلم المشتري بذلك
فان علم في المجلس فعن ابي حنيفة فيه روايتان وبيع الشيء بقيمته لم يجز
للجهالة ولو عينت في المجلس جاز وبيع فيه خيار المجلس وقدم في اول
البيوع وبيع الغاصب فانه موقوف على اجازة المالك ان اقر به الغاصب
تم البيع وان جحد وللمغصوب منه بينة فكذلك وان لم يكن ولم يسلم
حتى هلك ينتقض البيع وحكمه اي حكم البيع الموقوف انه انما يقبل الاجازة
اذا كان البايع والمشتري والمبيع قائما المراد بكون المبيع قائما ان لا
يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر فانه لو باع ثوب غيره بغير امره وصبغه
المشتري فاجاز رب الثوب البيع جاز ولو قطعه وخاطه ثم اجاز البيع
لا لانه صار شيئا آخر وكذا الثمن لو كان عرضا اي كما شرط قيام المبيع

يشترط قيام الثمن ايضا اذا كان عرضا وصاحب المتاع ايضا اى كما يشترط قيام
المبيع والثمن المذكورين يشترط قيام صاحب المتاع المبيع حتى لو باع
متاع غيره فمات صاحب المتاع قبل ان يجيز البيع فاجاز وارثه لا يجوز
وحكمه ايضا ان اخذ الثمن اى اخذ المالك الثمن او طلبه من المشترى ليس
باجازة للبيع الموقوف وفي اختلفه احسنت فقيل اجازة وقيل لا وقوله
لا اجيز رد له اى للبيع الموقوف بخلاف المستاجر فانه اذا قال لا اجيز بيع
الآجر ثم اجاز جاز كل ذلك من الخلاصة ثم لما فرغ عن البيع الموقوف و
احكامه شرع في بيان البيع المكروه وحكمه فقال وكره البيع عند الاذان
الاول للجمعة لان فيه اخلالا بواجب السعي اذا قعدا او وقفا متبايعان
واما اذا تبايعا ماشيان فلا كراهة وكره النجش وهو ان يزيد في الثمن
لير غب غيره ولا يريد الشراء لقوله عم لا تناجشوا وكره السوم على سوم
غيره بعد رضاهما بثمن لقوله عم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا
يخطب على خطبة اخيه فانه نهى بصيغة النفي وهو ابلغ فاما اذا ساوم
بشيء ولم يركن احدهما صاحبه فلا باس للغير ان يساومه ويشتريه فانه
بيع من يزيد ولذا قال بخلاف بيع من يزيد فانه يجوز لورود الاثر
وهو محمل النهي في الخطبة ايضا وكره ايضا تلقي الجلب اى ان يتلقى بعض
اهل البلد المجلوب من خارج البلد اليه من الطعام المضر لاهل البلد
للنهي عنه ولان فيه تضييق الامر للحاضرين فان كان لا يضر فلا باس
الا اذا لبس السعر على الواردين واشترى باقل من القيمة وبيع الحاضر
للبادي زمان القحط لقوله عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان
اهل البلد في قحط وهو بيع من اهل البدو رغبة في الثمن الغالي — بيع من اهل البلد
فيكره لانه اضرار بهم فان لم يكن كذلك فلا باس لعدم الاضرار وقيل
صورته ان يجئ البادي بالطعام الى المصر فيتوكل الحاضر عن البادي

وبيع الطعام وتغالي السعر على البادي فانه منهي عنه فانه لو تركه لباع بنفسه
ورخص في السعر والتفريق بين صغير وذي رحم محرم منه لقوله عم من فرق
بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب عم
لعلي غلامين صغيرين ثم قال ما فعل الغلامان فقال بعت
احدهما فقال عم ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير
يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه
باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة فكان في بيع احدهما قطع
الاستيناس والمنع عن التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار و
قد اوعد عليه بخلاف الكبيرين اذ ليس هنا ترك المرحمة عليهم والزوجين
لان النص معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب
ولا قريب غير محرم ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احد الصغيرين
له والآخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق
لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان
المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به وحكمه اى حكم البيع المكروه
انه لا يفسد لان النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في
شرائط صحته ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهة ولا
يجب فسخه لان وجوبه في الفاسد لرفع الحرمة ولا حرمة ههنا ويملك
المبيع قبل القبض لما مر ان عدم ثبوت الملك قبل القبض في البيع الفاسد
حذرا عن تقرير الفساد المجاور ولا فساد هنا ويجب الثمن لا القيمة
لان ملك المقبوض في يد المشترى لان وجوب المثل او القيمة في البيع
الفاسد لكونه في حكم الغصب وهذا ليس كذلك باب الاقالة
هي لغة الاسقاط والرفع وشرعا رفع البيع وتصح بلفظين احدهما
مستقبل في شرح القدوري الاقالة تثبت بلفظين احدهما يعبر به

عن الماضي والاخرى عن المستقبل كقول الرجل اقلني ويقول صاحبه اقلت
وقال محمد هي كالبيع لا يصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي وفي الفتاوى
اختار قول محمد كذا في الخلاصة ويتوقف على قبول الاخر في المجلس
لتجديد يتوقف قبول الاقالة على المجلس كما يصح قبولها في مجلسها
نصًا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصًا في فور مقالة
المشتري وهي فسخ فيما هو من موجبات العقد قال الزيلعي توهم انه فسخ
في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخًا فيما هو
من موجبات العقد من غير شرط واما اذا لم يكن منها بل وجب بشرط
زائد فالاقالة فيه يعتبر بيعًا جديدًا في حق المتعاقدين ايضًا كما اذا
اشترى بالدين المؤجل عينًا قبل حلول الاجل ثم تقايلا عاد الدين
حالًا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد
المشتري بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو
كانت فسخًا لقبلت الا يرى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء
وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته اذ بالفسخ
عاد ملكه القديم فلو لم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخًا من
كل وجه وفرع على كونها فسخًا فروعا ذكر الاول بقوله فبطلت اي
الاقالة بعد ولادة المبيعة لامتناع الفسخ بسبب الزيادة ولو
كانت بيعًا محضًا لجاز قالوا هذا اذا ولدت بعد القبض واما
اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وذكر الثاني بقوله وصحت
بمثل الثمن الاول الا اذا باع المتولي او الوصي شيئا باكثر من قيمته
حيث لا يجوز اقالته وان كان بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف
وحق الصغير وان وصلية شرط غيره اي جنس الثمن الاول او
اكثر منه اي من الثمن الاول او الاقل اي صحت الاقالة بمثل الثمن الاول

وان

وان شرط غيره اما الاول فلان الاقالة فسخ والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول
واما الثاني فلان الشرط فاسد والاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد كما سياتي
الا اذا تعيب اي المبيع عند المشتري استثناء من قوله والاقل فان الاقالة
تجوز باقل من الثمن الاول لان نقصان الثمن يكون بمقابلة الغائب بالعيب
وذكر الثالث بقوله ولا تفسد بالشرط لان فساد البيع به للزوم
الربوا كما مر ولا ربوا في الفسخ وذكر الرابع بقوله وجاز للبائع بيع المبيع
قبل قبضه يعني اذا تقايلا فلم يرد المشتري المبيع حتى باعه منه ثانيًا
جاز ولو كانت بيعًا لفسد لانه باعه قبل القبض ولو باعه من غير
المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما وذكر الخامس بقوله و
وجاز بيع المكيل والموزون بلا اعادة الكيل والوزن يعني اذا
كان المبيع مكيلًا او موزونًا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم
تقايلا واشترى المبيع من غيره ان يعيد الكيل او الوزن جاز ولو كان
بيعًا لم يجز وذكر السادس بقوله وجاز هبة المبيع للمشتري بعد
الاقالة قبل القبض يعني اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة
قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعًا لم يجز لان البيع ينفسخ
بهبة المبيع للبائع قبل القبض وبيع في حق الثالث عطف على
قوله فسخ قال في النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ بلفظ الاقالة
ولو ذكر بلفظ المفاسخة لا يجعل بيعًا اتفاقًا اعمالًا لموضوعه اللغوي
وقد فرع على كونه بيعًا فروعا ذكر الاول بقوله فتسليم الشفعة في
البيع لا ينافي اخذها في الاقالة يعني لو كان المبيع عقارًا فسلم الشفيع
الشفعة ثم تقايلا يقضي له بالشفعة لكونه بيعًا جديدًا في حق كانه
اشتراه منه وذكر الثاني بقوله ولا يرد البائع الثاني على الاول بعيب علمه
بعدها اي بعد الاقالة يعني اذا باع المشتري من اخر ثم تقايلا ثم اطلع

قوله وجاز للبائع بيع المبيع قبل قبضه فكان الواجب عليه ان يقول بيع المبيع من المشتري كما يظهر من الشرح ان بيع المبيع من غير المشتري غير جائز عزمي

قوله حتى لو باعه منه اي حتى باع المبيع من المشتري عزمي

وجاز بيع المكيل والموزون بلا اعادة الكيل والوزن كان الصواب الموافق للشرح ان يقول ...

اوالمتاركة

على عيب كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع في
حقه كانه اشتراه عن المشترى منه وذكر الثالث بقوله وليس للواهب الرجوع
اذا باع الموهوب له الموهوب من آخر فتقايلا يعنى اذا كان المبيع موهوبا
فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له
في حق الواهب كالمشترى من المشترى منه وذكر الرابع بقوله والمشترى
اذا باع المبيع من آخر قبل النقد جاز للبايع شراوه منه باقل يعنى اذا
اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد
الى المشترى فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان
في حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى وذكر الخامس
بقوله واذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد الحول ووجد
عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده لم تسقط الزكوة
يعنى اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول
فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فان
الزكوة لا تسقط عنه لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لكن
الرد بغير قضاء اقالة وهلاك المبيع يمنعها اى لا اقالة لا هلاك
الثمن لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع لا الثمن ولهذا اذا
هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن وهلاك
بعضه اى بعض المبيع يمنعها بقدره اعتبارا للبعض بالكل
ولو تقايضا جاز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاكه
لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا باب
المرابحة والتولية والوضيعة الاولى بيع ما ملكه لم يقل بيع
المشترى ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن
قيمته ثم وجده حيث جاز ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن

وان لم

وان لم يكن فيه شراء بمثل ما قام عليه لم يقل بثمنه الاول لان ما يأخذ من المشترى
ليس ثمنه الاول بل مثله وانما قال بمثل ما قام عليه ليشمل ما اذا لم يكن يضم اجر
القصار ونحوه الى الثمن ويقول قام على بكذا بزيادة على ما قام عليه وان
لم يكن من جنسه والثانية بيعه به اى بما قام عليه بدونها اى بدون
الزيادة والثالثة بيعه باقل منه اى مما قام عليه وشرطها اى البيوع الثلاثة
شراؤه اى شراء ما يبيعه مرابحة او نحوها مثليا من الموزونات والمكيلات
والعدديات المتقاربة او مملوكا من البايع الاول واللام في للمشترى
متعلق بمملوكا والربح مثلى معلوم جملة حالية يعنى ان هذه البيوع
لا يصح اذا كان عوض المبيع الذى اشتراه البايع سابقا قيميا لانها
مبنية على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في
القيميات ان امكن فقد لا يمكن الاحتراز عن شبهتها لان المشترى
لا يشترى المبيع الا بقيمة ما دفع اليه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه
حيث لم يملكها ولا دفع مثلها اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة و
هى مجهولة يعرف بالظن والتخمين فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان
المشترى مرابحة بربح معلوم من درهم او شىء من المكيل او الموزون
الموصوف لانه قادر على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده
فانه لا يجوز لانه اشتراه براس المال وببعض قيمته لانه ليس من
ذوات الامثال فصار البايع بايعا بذلك الثوب القيمى كالثوب مثلا
وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة
وهى مجهولة فلا يجوز وله اى للبايع ضم اجر القصار والصبغ بالفتح
مصدر وبالكسر ما يصبغ به والطراز على الثوب والفتل والحمل وطعام
المبيع وكسوته وسوق الغنم والسمسار المشروط اجره في العقد
فان اجرة السمسار ان كان مشروطة في العقد يضم والا فاكثرهم

على أنهما لا تضم بخلاف أجرة الدلال فإنها لا تضم اتفاقا إلى ثمنه متعلق
بقوله ضم وإنما ضمت الثلاثة لأنها تزيد في عين المبيع كالصبغ وأخواته
أو في قيمته كالحمل والسوق لأن القيمة تختلف باختلاف المكان
فيلحق أجرتها برأس المال وإن فعل المشتري بيده شيئا مما ذكر
كالفتل ونحوه لا يضم وبالجملة كل ما يزيد في المبيع أو قيمته يضم
وما لا فلا ذكره الزيلعي لا أي ليس ضم أجر الطبيب لأنه لا يزيد شيئا
من القيمة وأجر المعلم لأن أجره لم يزد مالية المبيع فإن التعلم حصل
فيه في ذهنه وشغله غايته أن يكون تعليمه شرطا وهو لا يكفي في الضم والدلال
والراعي ونفقة نفسه فإنها لا تزيد في المبيع شيئا بخلاف أجر السمسار المشروط
ونفقة المبيع كما مر وجعل الآبق وكراء بيت الحفظ لأنهما أيضا لا يزيدان
شيئا بخلاف كراء المبيع فإنه يضم لأن فائدته زيادة في القيمة ويقول البائع
حين البيع وضم ما يجوز ضمه قام علي بكذا لا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب
خان أي البائع في المرابحة أي ظهر خيانته بالبينة أو بإقراره أو بنكوله
خير المشتري إن شاء أخذه أي المبيع بثمنه أو رده وفي التولية حطه أي
لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيصير
مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة يبقى مرابحة على حالها
وإن كان الربح أكثر مما ظنه المشتري فلا يتغير التصرف وينسلخ الخيار
لفوات الرضاء ولو هلك المبيع أو استهلك في المرابحة قبل الرد أو حدث به
مانع منه أي عن الرد لزم بكل الثمن المسمى وسقط خياره لأنه مجرد
خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار
العيب لأن المستحق منه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن
تسليمه سقط ما يقابله من الثمن شرى ثانيا بعد بيعه بربح فإن رابح
أي أراد المشتري أن يبيعه مرابحة طرح عنه ما ربح أي كل ربح كان قبل ذلك

[illegible]

وإن استغرق الربح الثمن لم يرابح صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين
ثم اشتراه بعشرين أو باعه بأربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة
أصلا لأن شبهة حصول الربح الأول بالعقد الثاني ثابتة لأنه تأكد به بعد كونه
على شرف الزوال بالوقوف على عيب والشبهة في بيع المرابحة كالحقيقة احتياطا
بخلاف ما إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتريه لأن التأكد حصل
بغيره رابح سيد شرى من مأذونه المحيط دينه برقبته قيد به إذ لو لم يكن
على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لأنه لا يفيد المولى شيئا
لم يكن له قبل البيع لأنه ملك الرقبة وله ملك التصرف على كشرى المأذون
متعلق بقوله رابح صورته اشترى عبدا مأذونا له في التجارة ثوبا بعشرة فباعه
من عبده المأذون وعليه دين محيط فباعه من مولى بخمسة عشر فإنه يبيعه
مرابحة على عشرة كعكسه وهو أن شرى المولى ثوبا بعشرة فباعه من عبده المأذون
له المديون بخمسة عشر فإنه أيضا يبيعه مرابحة على عشرة لأن في هذا العقد وإن
كان صحيحا في نفسه شبهة العدم لأن العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر
عدما في حق المرابحة لابتنائها على الأمانة فيبقى الاعتبار للشرى الأول فصار
كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وبيعه للمولى في الفصل
الثاني فيعتبر الثمن الأول أو رابح رب المال على كشراه مضاربه بالنصف
متعلق بقوله مضاربه أوله متعلق بشراه وعلى نصف ما ربح شرائه ثانيا
منه أي عن مضاربه متعلق بقوله شرائه يعني إذا كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه
يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن هذا البيع وإن قضي بجوازه عندنا
إذا عدم الربح كما هو كذلك هنا لأن الربح إنما يحصل إذا بيع من الأجنبي
ففيه شبهة العدم لأن المضارب وكيل عن رب المال في البيع الأول من وجه
فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح يرابح بلا بيان بالتعيب ووطء

الثيب يعني اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء
يبيعها مرابحة ولا يجب عليه البيان اذ لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
لا يقابلها الثمن الا اذا كان مقصودا بالاتلاف كما مر انفا وبهذا قال ولم ينقصها
الوطء قال الزيلعي المراد بقولهم يبيعه مرابحة بلا بيان انه اشتراه سليما بكذا
من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما نفس العيب فلا بد من بيانه
بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب
عنده كقرض الفار وحرق النار للمشتري فان ضاع بالقرض والحرق وان
كان جزءا يقابلها شيء من الثمن كالعذرة لم يحتبس عنده وربح بيبيان
بالتعييب بان فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها
لانها صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن الا او وطئ
البكر لان العذرة جزء من العين يقابلها شيء من الثمن وقد حبسها
كمن شرى بنسيئة وطئه لانه صار مقصودا بالاتلاف فمن شرى بنسيئة
وربح بلا بيان يعني اشترى شيئا بالف درهم نسيئة وباعه بربح مائة ولم
يبين فعلم المشتري خير مشتريه ان شاء قبل وان شاء رد لان الاجل
شبه المبيع حتى زاد في المبيع لاجل الاجل والشبهة ههنا ملحقة بالحقيقة
فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما فيثبت له الخيار
عند علمه بالخيانة فان اتلفه ثم علم لزمه كل ثمنه وهو الف ومائة لان الاجل
لا يقابله شيء من الثمن كذا التولية يعني ان كان ولاه اياه ولم يبين خير
لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان
استهلكه ثم علم لزمه بالف حال لما مر ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن
وليه رجل شيئا بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره اي قدر ما قام عليه
فسد البيع لجهالة الثمن وان علم المشتري قدره في المجلس صح البيع
لزوال المفسد قبل تقرره وخير المشتري ان شاء قبل وان شاء رد

~~لان الاجل شبه المبيع حتى زاد في المبيع لاجله~~ لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم
فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** صح بيع العقار قبل قبضه لا المنقول
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز لقطع النزاع اذا اشترى شيئا
فلا تبعه حتى تقبضه ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز
بيعه كالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله ووقع في محله والحديث
معلول باحتمال الهلاك وهو في العقار نادر حتى لو تصور هلاكه قبل
القبض بان كان على شط النهر ونحوه قالوا لا يجوز بيعه قبله فلا يقاس
على المنقول وقد اضطربت ههنا كلمات شراح الهداية وغيرهم والاظهر
الموافق للقواعد الاصولية ما ذكر في العناية وهو ان الاصل ان يكون
بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لقوله تعالى واحل الله البيع
لكن خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا
والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه عم نهى
عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ اولا
فان كان ثبت المطلوب لانه لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض
بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة رض
ان النبي عم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم
الترك وجعله معلولا بذلك اعمال للتوفيق والاعمال متعين
لا محالة ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض
شرى الكيلي كيلا لا جزافا قدم انه معرب كزاف ويجوز بالجيم والحركات
الثلث لم يبعه ولم يأكله حتى يكيله لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه
يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع فيحلله فاما اذا باع جزافا لان
الزيادة للمشتري فيحله فاما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ

وصف فى الثوب بخلاف القدر كما مر ذكر الشرح لانه اذا ملك مكيلا او موزونا
بهبة او وصية جاز للمالك ان يتصرف فيه مطلقا كذا فى النهاية الا ان يكيل
البايع بعد بيعه عند المشترى لان البيع يصير معلوما بكيل واحد ويتحقق
معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين كما سياتى فى السلم فاذا
كال البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لم يعتبر لانه ليس صاع البايع
والمشترى وهو الشرط وكذا لو كال بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من
باب التسليم اذ به يعلم المبيع ولا تسليم الا بحضرته كذا الموزون والمعدود
اى لا يبيعه ولا ياكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفى ان وزنه او عده بعد
البيع بحضرة المشترى لا المذروع اى لا يشترط ما ذكر فى المذروع وان اشترى
بشرط الذرع لما مر ان الذراع وصف لا يقابله شىء من الثمن
فيكون للمشترى قال الزيلعى هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا
تحل له التصرف حتى يذرع جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه سواء كان مما
لا يتعين كالنقود او يتعين كالمكيل او الموزون حتى لو باع ابلا
بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان ياخذ بدلها شيئا آخر لوجود المجوز
وهو الملك وانتفاء المانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك لما مر ان الاصل
فى البيع هو المبيع وبهلاكه ينفسخ البيع بخلاف الثمن اما اذا كان من
النقود فظ واما اذا كان من المكيل او الموزون فلانه مبيع من وجه
وثمن من وجه ولهذا لا يبطل الاقالة فى صورة المقايضة بهلاك احدهما
وقد مر وجاز زيادة المشترى فيه اى الثمن ان قام المبيع لانه ان لم يقم لم
يجال الصحيح الاعتياض لانه انما يكون فى موجود والشىء يثبت
ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند اى لا يلتحق
باصل العقد بالاستناد وجاز حط البايع عنه لانه بحال يمكن اخراج
البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله

فيثبت

فيثبت الحط فى الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وجاز زيادته اى البايع
فى المبيع لانه تصرف فى حقه وملكه ويتعلق الاستحقاق اى استحقاق البايع
والمشترى بالكل اى كل الثمن والمبيع والزايد والمزيد عليه فالزيادة والحط
يلتحقان باصل العقد لانهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف
مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى
ان يكون ولاية التغيير قال صدر الشريعة ويمكن ان يقال اذا استحق مستحق
المبيع او الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد والمزيد عليه
فلا يكون الزيادة صلة مبتداء كما هو مذهب زفر والشافعى اقول
لا يمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى
المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته
اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الاستحقاق يظهر فى التولية
والمرابحة فيرابح ويولى عليه اى الكل ان زيد وعلى الباقى ان حط فانه
البايع اذا حط بعض الثمن عن المشترى والمشترى قال لاخر وليتك هذا
الشىء وقع عقد التولية على ما بقى من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد
ملحقا باصل العقد فكان الثمن فى ابتداء العقد هو ذلك المقدار
وكذا اذا زاد المشترى على اصل الثمن والبايع على اصل المبيع والشفيع
ياخذ بالاقل فيهما اى فى الزيادة على الثمن والحط وان كان مقتضى الالحاق
بالاصل ان ياخذ بالكل فى صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول
وفى الزيادة ابطال له وليس لهما ابطاله قال رجل لآخر بع عبدك من زيد
بالف على انى ضامن كذا من الثمن سوى الالف اخذه اى مولى العبد
الالف من زيد والزيادة من الضامن ولو لم يقل من الثمن فالالف على
زيد لانه ثمن العبد ولا شىء عليه اى على القائل واصله ان الزيادة فى الثمن
والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد فكان العقد ورد ابتداء

على الاصل والزيادة كلام وان اصل الثمن لم يخرج بغيرها لى يقابله ولهذا
لا يصح ايجابه على الاجنبي لانه لا يستفيد بازائه مالا فاما فضول الثمن
يستغني عنه حتى يصح الزيادة من الاجنبي كما يصح من المشتري اذ لا يسلم
له شيء بمقابلة الزيادة وصارت كبدل الخلع فانه يصح على غير المرأة
اذ لا يسلم لها شيء اذ البضع عند الخروج غير متقوم لكن من شرط
الزيادة المقابلة تسمية وصورة حتى يخرج بحسب وجوب الثمن بوسط
المقابلة فاذا قال من الثمن فقد جعل المائة بمقابلة المبيع صورة فوجد
شرطها واذا لم يقل من الثمن لم يوجد المقابلة صورة ولا معنى فلم يوجد
شرطها فلا تصح وبقي التزام المال ابتداء لبيع واذ من غيره وهو
رشوة وهي حرام صح تاجيل الديون وان كانت حالة في الاصل
لان الدين حقه فله ان يؤخره تيسيرا على المديون كما له الابراء
الى اجل معلوم او مجهول جهالة يسيرة كالتاجيل الى الحصاد بخلاف
ما كانت فاحشة كهبوب الريح سوى القرض فان تاجيله لا يصح لانه
يصير بيع الدراهم بالدراهم لانه معاوضة انتهاء وان كان اعارة
وصلة ابتداء الا اذا اوصى به فانه اذا اوصى ان يقرض من ماله الف
درهم فلانا الى السنة لزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل السنة
لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصي ولذا تجوز
بالخدمة والسكنى وان مات او احال المستقرض المقرض على آخر بدينه
واجله المقرض مدة معلومة فانه يصح حتى لو اراد المقرض ان يطالب
المستقرض ذلك الدين ليس له ذلك لان الحوالة مبرئة براءة الدين
في رواية وبراءة المطالبة في اخرى كذا في العمادية باب الربوا
هو لغة الفضل مطلقا وشرعا فضل احد المتجانسين على الآخر ففضل
قفيزي شعير على قفيز بر لا يكون ربوا لانتفاء المجانسة بالمعيار

الشرعي

الشرعي وهو الكيل او الوزن ففضل عشرة اذرع من الثوب الهروي
على خمسة اذرع منه لا يكون ربوا لانتفاء المعيار الشرعي خال عن
عوض احترز عن بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فان الكر فاضل
على الآخر لكن غير خال عن عوض بصرف الجنس الى خلاف الجنس شرط لاحد العاقدين
حتى لو شرط لغيرهما لا يكون ربوا في المعاوضة حتى لم يكن الفضل الخالي
عوض في الهبة ربوا وعلته القدر بالجنس لان الاصل فيه الحديث
المشهور وهو قوله عم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل
ربوا اي بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والخبر
بمعنى الامر ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية
المماثلة كما في قوله تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى رعاية
القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة
والمعنى معا والقدر يسوي الصورة والجنسية يسوي المعنى فيظهر الفضل
الذي هو الربوا ولا يعتبر الوصف لقوله عم جيدها ورديها سواء فان وجدا
اي القدر والجنس حرم الفضل كقفيز بر بقفيزين منه والنساء ولو مع
التساوي كقفيز بر بقفيز منه لاحدهما او كلاهما نسيئة فان عدما اي
كل منهما حلا اي الفضل والنساء وان وجد احدهما فقط حل الفضل
كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزي شعير يدا بيد حل فان احد جزئي العلة وهو
الكيل موجود هنا لا الجزء الآخر وهو الجنس وان بيع خمسة اذرع من
الثوب بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لوجود الجنسية وان عدم القدر
لا النساء اي لا يحل النساء في هاتين الصورتين ولو بالتساوي فحرمة
ربوا الفضل بالوصفين وربوا النسيئة باحدهما لان جزء العلة لا يوجب
الحكم لكنه يورث الشبهة وهي في باب الربوا ملحقة بالحقيقة وان كانت ادنى
منها فلا بد من اعتبار الطرفين ففي النسيئة احد البدلين معدوم وبيع

بالحقيقة المعدوم غير جايز فصار بهذا المعنى متحققا لتلك الشبهة فلم يحل
وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما ذكروا انها ادنى من الحقيقة كسلم ثوب
هروي في هروي فانه لم يجز لاتحاد الجنس وبر في شعير فانه ايضا لم يجز
لوجود القدر والجيد والردي سواء لقوله عم جيدها ورديها سواء ولان
في اعتباره سد باب المبايعات ثم فرع على قوله فان وجدا حرم الفضل
والنسأ قوله فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه اي بيع الكيلي والوزني
اي بيع الكيلي والوزني متفاضلا ولو غير مطعوم كالجص فانه من
المكيلات والحديد فانه من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا بل عند
الشافعي رح وبالنسأ عطف على قوله متفاضلا وبه تم التفريع
الا ان يتفقا اي العوضان استثناء من قوله فحرم بيع الوزني بجنسه
في صفة الوزن بان يوزن احدهما بغير ما يوزن الاخر كالنقود والزعفران و
القطن والحديد ونحوهما فان الوزن جمعهما ظاهرا لكنهما يختلفان في صفة
الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء و
النقود بالسنجات واما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين و
النقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باع بالنقود
موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه
عشرة دنانير مثلا وقبضه البايع صح التصرف فيه قبل الوزن وان اختلفا
في صفة الوزن ومعناه وحكمه لا يجمعهما القدر من كل وجه فينزل الشبهة
فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة واذا
لم يتفقا كان لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة وحل عطف على حرم اي حل بيع الكيلي والوزني متساويا
بلا تفاضل وحل ايضا بيعهما بلا قدر كما اي كبيع ما دون نصف صاع
فان المعتبر في قدر المكيلات نصف الصاع لا ما دونه اذ لا تقدير في الشرع

7 ولو باع الزعفران على انه منوان مثلا وقبضه المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن ح

بما دونه

والحفنة بالفتح ملء الكف
يقال حفنت له حفنة اي
اعطيته قليلا طب

بما دونه

بما قل منه متعلق بالبيع المقدر اي كبيع ما دون نصف صاع بما قل منه
كحفنتين من تمر بحفنة منه فان بيعهما بها جايز وان وجد الفضل لانتفاء
القدر الشرعي الا ان يكون استثناء من قوله بلا قدر اي انما يحل بيع الاقل
من القدر الشرعي بما قل منه اذا كان حالا اما اذا كان بالنسأ فلا يحل لوجود
جزء من العلة محرم للنسأ وهو الجنس حتى اذا انتفى الجنس ايضا حل
البيع مطلقا ولو بالنسأ لانتفاء كل من جزئي العلة كبيع حفنة
من تمر بحفنتين من شعير كذا حكم كل عددي متقارب فان بيع العددي
المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار
وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسأ
والمعتبر في غير الصرف التعيين لا التقابض حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا
قبل القبض جاز وقال الشافعي يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام
بالطعام كما في الصرف لقوله عم في الحديث المعروف يدا بيد ولنا انه
مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ومعنى يدا بيد عينا بعين
كذا رواه عبادة بن الصامت البر والشعير والتمر والملح كيلي والذهب
والفضة وزني فان كل ما نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل
فيه كيلا فهو كيلي ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير
والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو وزني ابدا وان
ترك الناس فيه الوزن كالذهب والفضة لا يعتبر ان يعرف لان النص
اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى نجلاف ما عداها اي ما عدا
الاشياء الستة فانه لما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لقوله عم
ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن فلم يجز بيع البر بالبر متساويا
وزنا والذهب بالذهب متساويا كيلا كما لم يجز مجازفة وان تعارفوا
ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه لان التسلم يجوز في الحنطة

بيع معلوم

ونحوهما وزناً لوجود السلم وجاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح
الكل فلا يبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثماناً لا تتعين فصار كبيع الدرهم
بالدرهمين ولهما ان الثمنية تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما في حقهما و
واذا بطلت تعينت بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة
وجاز بيع الرطب بالرطب وبالتمر وبيع التمر بالبسر وبيع العنب بالزبيب
وبيع الرطب رطباً او مبلولة بمثله وباليابس وبيع التمر او الزبيب المنقع
بالمنقع منهما وبيع الدقيق بمثله نقل عن محمد بن الفضل ان بيع الدقيق
بالدقيق انما يجوز اذا كانا مكبوسين والا لم يجز فهو متساوياً قيد
لجواز البيع في الاشياء المعدودة ووجه الجواز انه اذا كان بيع الجنس
بالجنس بلا اختلاف في الصفة جاز متساوياً وكذا مع اختلاف في الصفة لقوله
صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء والا جاز كيف كان لقوله عم اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم وجاز بيع اللحم بالحيوان وبيع
اللحوم والالبان المختلفين اي بيع لحم الغنم بلحم البقر وبالعكس وكذا
بينهما بعضها ببعض وبيع الكرباس بالقطن وبالغزل وبيع خل الدقل
وهو ردآء التمر وبيع الخبز بالبر والدقيق متفاضلاً هذا قيد لجواز
البيع في الاشياء المعدودة من اللحم الى هنا وجه جوازه متفاضلاً
اختلاف اجناسها وبالنساء عطف على متفاضلاً اي وجاز البيع
بالنساء ايضاً في الاخير وهو بيع الخبز بالبر والدقيق وبه يفتى لحاجة
الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي
سمى لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض لا بيع البر بالدقيق
او بالسويق او بالنخالة فان بيعه بها لا يجوز مطلقاً لبقاء المجانسة
من وجه لانهما من اجزاء البر والمعيار فيهما الكيل لكنها غير مستو

خل العنب وبيع شحم البطن بالالية او باللحم ح

بينها

بينها وبين البر لاكتنازها في الكيل وتخلخل حبات البر فلا يجوز وان كان
كيلاً بكيل ولا بيع الدقيق بالسويق مطلقاً ايضاً اذ لا يجوز بيع الدقيق
بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة
من وجه ولا الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم ليكون الدهن بمثله والزيادة
بالثجير ولا يلزم الربوا وان لم يعلم مقدار ما فيه لم يجز لاحتمال الربوا وقد
قران الشبهة فيه كالحقيقة ويستقرض الخبز بوزن لا عدد عند ابي يوسف
لان آحاده يتفاوت بالعدد دون الوزن وبه يفتى ذكره الزيلعي
ويستقرض الفلوس بهما اي بالوزن والعدد بالعرف اذ لا نص فيهما
والدراهم والدنانير يستقرض بالوزن فقط لانهما من الموزونات بالنص
كذا ما ثلثاه خالص لان الحكم للغالب وما ثلثه خالص يستقرض بعدد ان
تعاملوا به وبوزن ان تعاملوا به لانه ليس فيهما ورد فيه النص فيحمل على
العرف كما مر ولا يستقرض القيمي لانه مختص بالمثلي وهو كل شيء يكال
او يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب ونحو ذلك
وفي التجريد ويجوز في العدديات التي لا يتفاوت تفاوتاً فاحشاً
كالبيض والجوز وفي الكافي لان القرض اعارة شرعاً لاطلاق الانتفاع
بالعين غير انه لا يمكن الانتفاع بالمكيل والموزون والعددي
المتقارب الا باستهلاك اعيانها وكانت المنفعة عائدة الى ذاتها فاقام
المثل في الذمة مقام العين كانه انتفع بالعين وردّه وهذا انما يتأتى
في ذوات الامثال ليمكن ايجاب المثل في الذمة لا في الحيوان والثياب
اذ لا مثل لهما ولا ربوا بين السيد وعبده مأذوناً غير مديون
لان العبد وما في يده يكون ملك مولاه فلا يكون بينهما بيع ليتحقق
الربوا حتى اذا كان عليه دين يتحقق الربوا لتحقق البيع ولا ربوا بين

مسلم وحربي ثمة اي في دار الحرب لقولهم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب
وكذا اذا تبايعا فيها بيعًا فاسدًا ذكره الزيلعي فان مالهم مباح وبعقد
الامان لم يصر معصومًا لكنه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم
بلا رضاهم فاذا اخذهم برضاهم اخذ مالًا مباحًا بلا عذر او عن امر لهم
فان الحربي اذا اسلم ثمة لا يكون بينه وبين مسلم مستأمن في دار الحرب عند زبوام
ابي حنيفة رح لان ماله غير معصوم ثمة لا عصمة له فصار كمال الحربي ويجوز
اخذ مال الحربي برضاه للمسلم المستأمن وقالا انه ربوا جرى بين مسلمين وهو
حرام كذا في الكافي

باب الاستحقاق

لم يذكر
الحقوق كما ذكر في سائر المتون لما ذكر في اوايل البيوع هو نوعان
احدهما مبطل للملك اي مزيل له بالكلية بحيث لا يبقى لاحد عليه
حق التملك كالحرية الاصلية والعتق وفروعه كالتدبير والكتابة
والاستيلاد وثانيهما ناقل له اي للملك من شخص الى شخص
كالاستحقاق بالملك بان ادعى زيد على بكر ان ما في يده من العبد
ملكه وبرهن عليه والنوعان بعد اتفاقهما في انهما يجعلان
المستحق عليه عن ملك ذلك الشيء من جهة مستحقا عليهم
حتى ان واحدا منهم لو ادعى واقام البينة على المستحق بالملك
المطلق لا تقبل بينته يختلفان بوجه آخر اذ النوع الاول يوجب
انفساخ العقود الجارية بين الباعة بلا حاجة في انفساخ
كل منهما الى حكم القاضي بلا اختلاف في رواية وفرع عليه بقوله
فلكل من الباعة الرجوع عليه وان لم يرجع عليه بصيغة المجهول
اي وان لم يحصل الرجوع عليه وقد رجع هو ايضا كذلك على الكفيل
وان لم يقض على المكفول عنه فان توقف رجوع البعض على
البعض على حكم القاضي انما يكون اذا بقي اثر العقد وهو الملك

كما في

كما في النوع الثاني واذا لم يبق لم يحتج اليه وايضا بدل الحر ليس بمملوك فلا
يجتمع ثمنان في ملك واحد بخلاف الاستحقاق بالملك كما سيأتي
والحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة اي كافة الناس حتى لا تسمع دعوى
الملك من احد كذا العتق وفروعه فان الحرية حق الله تعالى حتى لا
يجوز استرقاق الحر برضاه والناس كلهم خصوم في اثبات حق الله تعالى
نيابة عنه تعالى لكونهم عبيده فكان حضور الواحد كحضور الكل
بخلاف الملك لانه حق العبد خاصة فلا ينتصب الحاضر خصمًا
عن الغايب لعدم ما يوجب انتصابه خصمًا الا من تلقى الملك
من جهته يصير مقضيًا عليه ايضا لتعدي اثر القضاء اليه لاتحاد
الملك ومن قضي عليه في حادثة لم يصر مقضيًا له فيها بتلك الجهة واما
الحكم في الملك المورخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله يعني اذا قال زيد
لبكر انك عبدي ملكتك منذ سبعة اعوام وانت ملكي الآن فبرهن
عليه يقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو ويدل عليه ان
قاضي خان قال في اول البيوع من شرح الزيادات بعدما حقق المسئلة
حق التحقيق فصارت مسايل الباب على قسمين احدهما عتق
في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة
الكل من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر
منك فان الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة والنوع الثاني لا
يوجب انفساخها اي انفساخ العقود في ظاهر الرواية لانه لا يوجب
بطلان الملك والحكم به اي بهذا النوع من الاستحقاق حكم على ذي
اليد حتى يوخذ المدعى من يده وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه بلا
واسطة او وسايط فلا تسمع دعوى الملك منهم لكونهم محكوما عليهم
هذا تفريع على قوله والحكم به حكم على ذي اليد لا بل دعوى النتاج

منذ خمسة اعوام فقال بكر انك عبدي ملكتني منذ ستة اعوام واعتقتني ثم ملكتني منذ خمسة ... فيبرهن عليه اندفع وعمرو ... اذا قال عمرو لبكر انك عبدي ... القضاء ... التاريخ ... وهو قضاء على كافة ... معتبر

بان يقول بائعي من البائع حيث رجع عليه بالثمن انا لا اعطي الثمن لان
المستحق كاذب لان المبيع نتج في ملكي او ملك بائعي بلا واسطة او بها
فيسمع دعواه ويبطل الحكم ان اثبت او تلقي الملك من المستحق
بان يقول انا لا اعطي الثمن لاني اشتريته من المستحق فيسمع ايضا
ولا يعاد البينة للرجوع هذا ايضا تفريع على قوله والحكم الخ يعني
اذا كان الحكم للمستحق حكما على الباعة فاذا اراد واحد من
المشترين ان يرجع على بائعه بالثمن لا يحتاج الى اعادة البينة و
لكن لا يرجع واحد من المشترين على بائعه قبل الرجوع عليه
لا يكون للمشتري الاوسطان يرجع على بائعه قبل ان يرجع عليه
المشتري الاخير ولا يرجع بصيغة المجهول اي لا يحصل رجوع
المحكوم عليه على الكفيل اي بالضامن بالدرك قبل القضاء
على المكفول عنه لانه الاصل ومنه يسري الحكم الى الكفيل وانما يرجع
قبل الرجوع عليه لئلا يجتمع ثمنان في ملك شخص واحد لان بدل
المستحق مملوك ثم الرجوع اي رجوع المشتري بالثمن على البائع
انما يكون اذا ثبت الاستحقاق بالبينة لما عرفت انها حجة متعدية
اما اذا ثبت باقرار المشتري او بنكوله عن اليمين او باقرار وكيل
المشتري بالخصومة او بنكوله فلا يوجب الرجوع بالثمن لان الاقرار
لا يكون حجة في حق غيره وفي زيادات الامام ابي بكر بن حامد البخاري
اشتري دارا واستحقها رجل باقرار المشتري او بنكوله عن اليمين لا
يرجع على بائعه بالثمن فان اقام المشتري البينة ان الدار ملك المستحق
ليرجع على بائعه بالثمن لا يسمع بينته اما لو اقام البينة على اقرار
البائع ان المبيع ملك المستحق تقبل ويأخذ البائع بالثمن ولو
لم يقع بينة على اقرار البائع بذلك ولكنه طلب يمينه بالله ما هي للمدعي

كان له

كان له ذلك لانه يحتمل ان ينكل عن اليمين فيصير بنكوله كالمقر وبرد الثمن
بعد ذلك كذا في العمادية وهذا مما يجب حفظه والناس غافلون عنه
وقد فرع عليه بقوله فمبيعة ولدت عند المشتري لا بالاستيلاد
فاستحقت ببينة تبعها ولدها اي يأخذها المستحق وولدها فان اقر
بها لرجل لا اي لا يتبعها ولدها بل يأخذها المقر له وولدها والفرق ان
البينة تثبت الملك في الجزء بضرورة صحة الجزء وما ثبت بالضرورة يتقدر
بقدر الضرورة التناقض يمنع دعوى الملك لانه يكون متهما فيها
لا دعوى الحرية اما الحرية الاصلية فللخفاء حال العلوق فان الولد
يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم بحرية ابيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم
بحرية ابيه وامه فيدعي الحرية والتناقض فيما في طريقه خفاء لا يمنع
صحة الدعوى واما العارضية فلان المولى يتفرد بالاعتاق و
التدبير بلا علم العبد فيجري فيه ايضا الخفاء فيجعل التناقض فيه عفوا
واذا اقام المكاتب بينة على اعتاق سيده قبل الكتابة تقبل لاستقلال
سيده بالتحرير والطلاق فان المرأة اذا اختلعت ثم اقامت بينة
على انه طلقها ثلاثا قبل الخلع فانها تقبل وان تناقضت للخفاء في
تطليقه لاستقلاله به والنسب كما اذا قال ليس هذا ابني ثم قال هذا
ابني يسمع وكذا اذا قال لست انا بوارث فلان ثم ادعى انه وارثه و
بين جهة ارثه يصح وفرع عليه بقوله فلو قال رجل لآخر اشترني فانا عبد
فاشتراه ثم ادعى الحرية فاثبت ضمن العبد ان لم يعلم مكان بائعه لان
المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة الثمن عند تعذر استيفائه
من البائع فجعل المشتري مغرورا والتغرير في المعاوضة سبب الضمان
دفعا للضرر بقدر الامكان فاظهر حريته واهليته للضمان وتعذر الاستيفاء
من البائع حكم بالضمان ورجع اي العبد عليه اي البائع اذا وجده لانه

عليه

لانه ثبت الاصل والولد كان متصلا بها يوم
ثبت به الملك و لان الاستحقاق فيها والاقرار حجة قاصرة

قوله تبعها ولدها اي يأخذها المستحق وولدها بالام
قال الزيلعي ثم قيل لا يدخل الولد في القضاء لانها تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء به
بالولد وهو الاصح انتهى قلت فلذا ذكر في المتن عن الدرر غيرها هو الاصح الولد
في المتن من الدرر غيرها عزمي

قوله كان اقر بها الرجل لا ذكره في النهاية انما يتبعها في اقرار اذا لم يدعه المقر له اما
اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له انتهى عزمي

حريته

لانه قضى دينا على البايع وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن
اذا قضى الدين لتخليص الرهن حيث يرجع على المديون ولو لم يقل
اشتراني او قاله ولم يقل انى عبد ليس على العبد شيء وان علم مكان
بايعه فلا اى لا يضمن العبد بحلاف الرهن فانه اذا قال ارتهني
فانى عبد لا يجعل ضامنا لانه مختص بعقد المعاوضة والرهن ليس
كذلك بل حبس بلا عوض يقابله وفائدة ذكر المسئلة بطريق التفريع
على ذلك الاصل دفع اشكال من اول الامر ذكر في الكتب المشهورة ان
الدعوى شرط في حرية العبد عند ابي حنيفة والتناقض يفسد الدعوى
لا عبرة لتاريخ الغيبة بل العبرة لتاريخ الملك فلو قال المستحق
غابت عني منذ سنة يعني استحق رجل دابة من يد آخر وقال المستحق
عند الدعوى غابت عني هذه الدابة منذ سنة فقبل ان يقضي
القاضي بالدابة للمستحق اخبر المستحق عليه البايع عن القصة فقال
البايع لي بينة انها كانت ملكا لي منذ سنتين لا تندفع الخصومة
بل يقضي القاضي بالدابة للمستحق لان المستحق ما ذكر تاريخ الملك
بل ذكر تاريخ غيبة الدابة فبقيت دعواه الملك بلا تاريخ و
البايع ذكر تاريخ الملك في دعواه دعوي المشتري لان المشتري
تلقى الملك منه فصار كان المشتري ادعى ملك بايعه بتاريخ
سنتين الا ان التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد كما سياتي فيسقط
اعتبار ذكره وبقيت الدعوى في الملك المطلق فيقضي بالدابة
العلم بالاستحقاق لا يمنع صحة الرجوع يعني اذا اشترى شيئا من رجل
يعلم انه ليس ملكا له بل لغيره فبعده استحق ذلك الغير واخذ المشتري
من يد المشتري يرجع المشتري على البايع ولا يمنع علمه بالاستحقاق
صحة رجوعه فاذا استولد مشتريه بعلم غصب البايع ايا ما كان الولد رقيقا

ويرجع

ويرجع بالثمن يعني اشترى مغصوبة وهو يعلم ان البايع غاصب فاستولدها
كان الولد رقيقا لانعدام الغرور لعلمه بحقيقة الحال ولكن يرجع بالثمن
على البايع ولو اقام البايع بينة ان المشتري اقر بعد الشراء بملكيته للمستحق
للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا في العمادية لا يحكم بسجل
الاستحقاق بشهادة انه كتاب كذا بل بالشهادة على مضمونه يعني
اذا استحق دابة من يد المشتري ببخارا وقبض المستحق عليه السجل
ووجد بايعه بسمرقند واراد الرجوع عليه بالثمن واظهر سجل قاضي
بخارا واقام البينة ان هذا كتاب قاضي بخارا لا يجوز لقاضي سمرقند
ان يعمل به ويقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد الشهود
ان قاضي بخارا قضى ببخارى على المستحق عليه بالدابة التي اشتراها من
هذا البايع واخرجها من يد المستحق عليه هذا لان الخط يشبه
الخط فلا يجوز الاعتماد على نفس السجل بل يشترط ان يشهدوا
على قضاء القاضي وعلى قبض يد المستحق عليه كذا في العمادية كذا الموكل
نقل الشهادة والوكالة والمراد بسواهما المحاضر والسجلات و
الصكوك فان في كل منهما يجب الشهادة على مضمون الكتاب لان
المقصود بكل منهما كونه حجة على الخصم وهو لا يكون الا به بخلاف
نقل الوكالة والشهادة فان المقصود منهما حصول العلم للقاضي
ولهذا لا يجوز كون شهود الطريق كفارا وان كان الخصم كافرا
قبض كل المبيع فاستحق بعضه بطل البيع في قدره اى قدر ذلك
البعض فان اورث اى الاستحقاق البعض العيب في الباقي او كان
المستحق شيئين كشيء واحد كالسيف بالغمد والقوس بالوتر خير
المشتري فيه اى الباقي وهو ظاهر والا اى وان لم يورث عيبا في الباقي ولم يكن
شيئين كشيء واحد لزم اى لزم الباقي المشتري بحصته من الثمن توضيحه

مطلب يحكم الخط يشبه الخط لا يجوز اعتماد السجل

مطلب يجب الشهادة على مضمون السجل

قوله او كان المستحق الشيئين قلعه والصواب او كان المبيع الذي الى قوله في توضيحه لان المستحق وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفي الحكم كشيء واحد
عزمي

قوله لانه مختص بعقد المعاوضة وكلامه بها الاجمال محل اذ يجب ان يكون مرجع هذا الضمير الضمان بالغرور كما يظهر من كلام القوم قالوا ولهذا اذا سأل رجل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فسلب اللصوص امواله لم يضمن شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة
عزمي

قوله وفائدة ذكر المسئلة بطريق التفريع على ذلك الاصل دفع اشكال من اول الامر اه قوله انا حر بعد قوله انا عبد تناقض لا محالة وحاصل الدفع ان التناقض في الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها ذكر من وجه التوفيق
عزمي

مطلب العلم بالاستحقاق لا يمنع صحة الرجوع

ان البيع اذا بطل في قدر البعض المستحق ينظر ان كان استحقاق ما استحق
يورث العيب في الباقي كما اذا كان المعقود عليه شيئا واحدا فما في تبعيضه
ضرر كالدار والارض والكرم والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي
ان شاء رضي بحصته من الثمن وان شاء رده وكذا اذا كان المعقود عليه
شيئين وفي الحكم كشيء واحد فاستحق احدهما فله الخيار في الباقي
وان كان استحقاق ما استحق لا يورث عيبا في الباقي كما اذا كان المعقود
عليه ثوبين او عبدين فاستحق احدهما او صبرة حنطة او جملة قوزنه
فاستحق بعضه فانه لا ضرر في تبعيضه فلزم الباقي المشتري بحصته
من الثمن وليس له الخيار كذا في شرح الطحاوي او بعضه عطف على
كل المبيع فاستحق المقبوض وغيره اي غير المقبوض بطل البيع فيه
اي فيما اذا قبض البعض ايضا اي كما بطل في القدر المستحق
في صورة قبض الكل وخير المشتري في الباقي سواء اورث الاستحقاق
البعض العيب فيه او لا لتفرق الصفقة على المشتري بسبب الاستحقاق
قبل التمام ادعى حقا مجهولا في دار فصولح على شيء كمائة درهم
مثلا فاستحق بعضها اي بعض الدار لم يرجع صاحب الدار بشيء
من البدل على المدعي لجواز ان يكون دعواه فيما بقي وان قل
او استحق كلها اي كل الدار رد كل العوض للعلم بانه اخذ عوض
ما لا يملكه فيرده وان ادعى تماما اي الدار كلها فصولح على شيء كمائة
فاستحق بعضها اي بعض الدار رجع بحصته لان الصلح على مائة
وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك
ذلك القدر فيرده بحسابه من العوض صالح من الدنانير على دراهم
وقبضها اي الدراهم بعد التفرق رجع بالدنانير لان هذا الصلح
في معنى الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع جاز

اعتاق مشتر من غاصب باجازة بيعه يعني لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه
المشتري فاجاز المالك بيع الغاصب جاز عتقه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
وعند محمد رح لا يجوز اذ لا عتق بدون الملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملك
ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو افاد يثبت مستندا وهو ثابت
من وجه دون وجه والمصحح له الملك الكامل لحديث ولهما ان الملك يثبت
موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق
مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن و
اعتاق الوارث عبدا من تركة مستغرقة بالدين يصح ويصح و
ينفذ اذا قضى الدين بعده لا بيعه اي لا يجوز بيع المشتري من
الغاصب بعد ما اجاز المالك بيع الغاصب لانه بالاجازة يثبت
للبائع وهو للمشتري ملك بات فاذا طرا على ملك موقوف
لغيره ابطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد
باع عبد غيره بغير امره وبرهن المشتري على اقرار البائع او المولى انه
لم يامر البيع واراد رد المبيع لم تقبل للتناقض في الدعوى اذ اقدامهما
على الشراء اقرار منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر حال المسلم العاقل
مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة مبنية على دعوى فاذا بطلت
لا تقبل البينة وان اقر البائع عند القاضي بطل ان طلب المشتري لان التناقض
لا يمنع صحة الاقرار لانه غير متهم فيه فان من انكر شيئا ثم اقر يصح اقراره
بخلاف الدعوى لانه متهم فيه فللمشتري ان يساعده عليه فيتحقق
الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري باع دار غيره بلا امره واعترف
بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البائع قال في الكنز من باع دار غيره
فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع وقال الزيلعي معنى المسئلة
اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وانكر المشتري

لم يضمن البائع الدار لأن إقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا بد من
إقامة البينة حتى يأخذها فإذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة
كان التلف مضافا إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع لأن
الغاصب يجوز بيعه فعلى هذا التقرير يعلم أن قوله وأدخلها المشتري
في بنائه وقع اتفاقا إذ لا تأثير للإدخال في البناء في ذلك ولهذا ترك
تلك العبارة ههنا

باب السلم هو لغة بمعنى السلف
فإنه أخذ عاجل بآجل سمي به هذا العقد لكونه معجلا على وقته
فإن وقت البيع بعد وجود المبيع في ملك البائع والسلم عادة يكون
بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وهو مشروع بالكتاب
وهو قوله تعالى إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى الآية فإنها تشمل
السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهي
قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم إلى أجل معلوم والإجماع ويأباه القياس لأنه بيع
المعدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روي أنه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم لأن محمد بن العز الحنفي
قال في حواشي الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرو عن أحد من الصحابة في
كتب الحديث وكأنه من كلام واحد من الفقهاء وشرعا بيع الشيء
على أن يكون ذلك الشيء دينا على البائع بشرائط معتبرة شرعا كما سيأتي
بيانها والبائع في الاصطلاح مسلم إليه والمشتري رب السلم و
المبيع مسلم فيه والثمن رأس المال ويصح فيما يعلم قدره أي مقداره
بشيء من الكيل والوزن والذرع وصفته أي جودته ورداءته
ونحو ذلك كالمكيل والموزون الثمن احتراز عن الدنانير والدراهم
فإنهما من الموزونات لكنها ليست بمثمنة بل أثمان فلا يجوز فيها

السلم

السلم والعددي المتقارب كالجوز والبيض والفلوس واللبن والآجر بملبن
معين والذرعي كالثوب مبينا قدره أي طوله وعرضه وصفته أي غلظه
ورقته ووزنه إن بيع به أي بالوزن فيصح في السمك المليح أي القديد
بالملح يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة والطري
حين يوجد غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان في بلد لا ينقطع
يجوز مطلقا وزنا وضربا أي نوعا معلوما من قيد للمليح والطري ويصح
في الطست والقمقمة والخفين إذا عين كل منها بما يرفع النزاع
لا فيما لا يعلمان قدره وصفته عطف على قوله فيما يعلم قدره
وصفته كالحيوان وأطرافه واللحم والجلود عددا قيد للجلود والحطب
حزما جمع حزمة وهي بالفارسية بنده هيزم والرطبة جززا جمع جزة و
هي بالفارسية دسته والجوهر والخرز بالتحريك الذي ينظم فإن
في كل منها تفاوتا فاحشا يمنع السلم حتى إن بين الطول والعرض
والصفة في الجلود وقدر ما يشد به الحزمة جاز والمنقطع أي ولا فيما ينقطع
ولم يوجد من حين العقد إلى حين المحل أي لأجل أن لا يتوهم العدم
جميع الوقت من العقد إلى الأجل ولا بكيل أو ذراع معين لم يعلم
قدره لأن السلم متأخر فيه فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة ولا بر قرية
أو ثمر نخلة معينة إذ قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وشرط صحته
بيان الجنس كبر وشعير والنوع كسقية والصفة كجيد ورديء والقدر
نحو كذا كيلا لا ينقبض ولا ينبسط والأجل وأقله شهر في الأصح وقيل
ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم وقدر رأس المال في الكيلي والوزني والعددي
يعني يشترط بيان قدر رأس المال وإن كان مشارا إليه فيما يتعلق بالمقدار
كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض وقالا لا يشترط
معرفة القدر بعد التعيين بالإشارة حتى لو قال لغيره أسلمت إليك هذه الدراهم

توضيح م

أيام

العقد م

ح

في كر بر ولم يدر وزن الدراهم او قال اسلمت اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران
ولم يدر وزن الدراهم او قال اسلمت اليك هذا البر قدرا لم لا يصح عنده
وعندهما يصح واجمعوا ان راس المال اذا كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما
بالاشارة ومكان ايفاء ما لحمله مؤنة والا اي وان لم يكن لحمله مؤنة
فيوفيه حيث شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في
الحال كذا الثمن اي الثمن المؤجل بان باع عبدا حاضرا ببر موصوف
في الذمة الى اجل حيث يشترط مكان الايفاء والقسمة بان اقتسما — بيان م
دارا وشرط احدهما على صاحبه شيئا له حمل ومؤنة كزيادة غرس او
بناء في نصيبه يشترط بيان مكان الايفاء والاجرة بان استاجر
دارا او دابة بما لحمله مؤنة دينا في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء
وشرط بقاؤه تاما اي بقاء صحة السلم قبض راس المال قبل الافتراق فانه
ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض فان اسلم مائة نقدا
ومائة دينا على المسلم اليه في كر بر بطل في حصة الدين لانتفاء
القبض في المجلس وجاز في حصة النقد لاجتماع شرائطه ولا يشيع
الفساد لان اشتراط لوقوع السلم صحيحا ابتداء حتى لو نقد راس المال
في المجلس صح لا يتصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلان
فيه تفويت القبض الواجب بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع
والتصرف فيه قبل قبضه لا يجوز كما مر شركة متعلق بقوله لا يتصرف
بان يقول رب السلم اعط نصف راس المال ليكون نصف المسلم فيه
لك او تولية بان يقول اعط مثل ما اعطيت المسلم اليه ليكون المسلم
فيه لك وغيرهما وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من المرابحة و
الوضيعة وفرع على قوله لا يتصرف الخ بقوله فان تقايلا السلم
اي رب السلم والمسلم اليه لم يشتر براس المال حتى يقبضه كله لئلا يلزم

التصرف

التصرف في راس المال قبل قبضه اشترى كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء
لم يصح يعني كرا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب — المسلم فيه
السلم بقبضه قضاء لم يصح وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه
فاكتال له ثم اكتال لنفسه جاز لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل فلا بد
من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان فان امر مقرضه صح يعني ان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض — مقرضه
الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود
عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان كذا اي صح ايضا في
الصورة الاولى لو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه له اي
لاجل المسلم اليه ثم لنفسه ففعل اي اكتال للمسلم اليه ثم اكتال لنفسه
وانما صح لاجتماع الكيلين ولو امره رب السلم اي امر رب السلم المسلم اليه
ان يكيل المسلم فيه في ظرف رب السلم فكال في ظرفه بغيبته او امر المشتري
البايع فكال في ظرفه اي ظرف البايع لم يكن قضاء لان الامر بالكيل
لم يصح لعدم مصادفته ملك الامر لان حقه في الدين لا العين
فصار المسلم اليه مستعيرا الظرف رب السلم وواضعا ملك نفسه فيها
بخلاف كيله في ظرف المشتري بامره يعني لو اشترى مثلا حنطة معينة فامر
المشتري البايع ان يكيله في ظرف المشتري صار قابضا لانه ملك الحنطة — بغيبته
بالشراء فامره صادف ملكه كيل العين ثم كيل الدين في ظرف المشتري
قبض وعكسه لا صورته رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم
من المسلم اليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا الى المسلم اليه ليجعل
الكر المسلم فيه والكر المشترى في ذلك الظرف فان بدأ بكيل العين المشترى
في الظرف صار قابضا للعين لصحة الامر فيه و للدين المسلم فيه لمصادفته
ملكه بخلط كمن استقرض حنطة وامر المقرض ان يزرعها في ارضه وان بدأ

بالكتين لم يتم قابضا لشيء منهما اما الدين فلعدم صحة الامر فيه واما
العين فلانه خلط بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح
فينتقض وهذا الخلط غير مرضي به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين
وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان
الخلط ليس باستهلاك عندهما اسلم امة في كر وقبضت اي قبضها المسلم
اليه فتقايلا فماتت بقي اي التقايل او ماتت فتقايلا صح اي التقايل
وعليه اي على المسلم اليه قيمتها يوم القبض فيهما اي في الموت بعد التقايل
وقبله يعني اذا اشترى كرا بعقد السلم وجعل رأس المال امة وسلمها الى
المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم ثم ماتت الامة في يد المسلم اليه بقي
التقايل ولو ماتت فتقايلا صح التقايل لان الجارية رأس المال
وهو في حكم الثمن في العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الاقالة تعتمد
قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الامة لا يغير حال الاقالة من البقاء
في الاولى والصحة في الثانية فاذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ
في الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها
كذا المقايضة وهي بيع العين بالعين كما مر في وجهيه يعني تبقى الاقالة
وتصح بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع من وجه
وثمن من وجه فبقي الباقي بعين المبيعية وفي الهالك الثمنية بخلاف
الشراء بالثمن فيهما يعني اذا اشترى امة بالف فتقايلا فماتت في
يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة
لان الامة هي الاصل في البيع فلا يبقى بعد هلاكها فلا يصح
الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لعدم محلها القول لمدعي الرداءة
والاجل اي اذا اختلف عاقدا السلم في شرط الرداءة والاجل فالقول
لمدعيهما اما الرداءة بان يقول المسلم شرطنا الرديء وقال رب السلم لم

شيئا ليكون العقد كاسدا فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت
في انكاره الصحة لان المسلم فيه زايد على رأس المال عادة ولو ادعى
رب السلم شرطا شيئا فالقول لرب السلم لانه يدعي الصحة وبالجملة
القول في الصورتين لمدعي الصحة عنده وللمنكر عندهما واما الاجل
فانهما ادعاه فالقول عنده لانه يدعي الصحة وللمنكر عندهما
الاستصناع وهو ان يقول لصانع كالخفاف اصنع من مالك
خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بكذا باجل كان يقول الى شهر مثلا
سلم سواء تعاملوا نحو خف وطشت وقمقمة ونحوها او لا كالثياب
ونحوها اما كون الاستصناع باجل سلما اذا لم يتعاملوا فبالوفاق
واما اذا تعاملوا فعند ابي حنيفة يصير سلما وعندهما لا
لان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على مقتضاه ويحمل الاجل
على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لان الاستصناع فاسد فيحمل على السلم
الصحيح وله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه
وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى وفي الاستصناع
بدونه اي بدون الاجل صح استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل
من زمن النبي عم الى يومنا هذا وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم
والصحيح انه يصح بيعا لا عدة كما نقل عن الحاكم الشهيد وفرع
على قوله صح بيعا بقوله فالصانع يجبر على عمله ولو كان عدة لم يجبر وبقوله
والامر لا يرجع عنه ولو كان عدة لجاز رجوعه المبيع هو العين لا عمله
كما ذهب اليه ابو سعيد البردعي قولا بان الاستصناع نوع من الصنع
وهو العمل وفرع على كونه العين بقوله فلو جاء اي الصانع بما صنعه
قبل العقد او غيره عطف على ضمير صنعه وجاز للفصل صح ولو كان
المبيع عمله ما صح بيعه وله اي للامر الخيار بعد رؤيته لانه اشترى ما لم يره

قائله چوي زاده

ولم يصح اي السلم في غير التعامل كالثوب الا بالاجل يعني لو امر حائكا ان ينسج
له ثوبا بغزل من عنده بدراهم معلومة لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فبقي
على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وتبين شرائط السلم فيجوز بطريق
السلم **مسائل شتى** جمع شتيت بمعنى المتفرق صح بيع كل ذي ناب
او مخلب كالكلب والفهد والسباع والطيور الجوارح علمت او لا لانه
مال متقوم آلة للاصطياد الا الخنزير لانه نجس العين والذمي فيه
اي في البيع كالمسلم لقوله عم فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين الا في بيع الخمر و
والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة وميتة
لم تمت حتف انفها فانها كالخنزير وانما قال لم تمت حتف انفها
لانها لو ماتت كذلك بطل بيعها اتفاقا لانها ليست بمال عند احد
وقدم في البيع الفاسد وفرع على قوله والمسلم فيه كالذمي بقوله فان اشترى
اي الذمي عبدا مسلما او مصحفا يصح لدخوله تحت اطلاق الحديث
وجبر على بيعه لان في ابقائه في يده اذلالا ووطء زوج المشتراة
قبض لانكاحها يعني اذا اشترى جارية وزوجها قبل قبضها صح فان وطئها
زوجها فقد قبضت المشتري والا فلا يكون نحوه وزوجها قابضا
لها اشترى شيئا فغاب فبرهن البائع على بيعه وعدم قبض ثمنه ان
علم مكانه لم يبع لدينه اي دين البائع لامكان ان يصل البائع حقه
بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري والا اي وان لم يعلم مكانه بيع
العبد وادي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه
الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي كالراهن
اذا مات مفلسا يبيع القاضي الرهن ويقضي الدين وان اشترى اي كان
المشتري اثنين وغاب احدهما فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه اي المبيع

وجبر

بتمكنه صح

وجبر بنقد شريكه لانه مضطر في الدفع اذ لا الانتفاع بنصيبه
الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق حبس ما بقي نصيب و
المضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه
الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه باع شيئا
بالف مثقال ذهب وفضة تنصيفا اي الذهب والفضة به اي بالمثقال
بان يجب خمسمائة مثقال عن الذهب وخمسمائة مثقال عن الفضة
لانه اضاف المثقال اليهما على السواء وباع شيئا بالف من الذهب و
مثقال ودرهم وزن سبعة اي يجب عن الذهب مثاقيل ومن
الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف فينصرف الى الوزن المعهود
في كل منهما قبض زيوفا عن جيد بلا علم فتلف او اتلف كان قضاء
يعني اذا كان له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم
فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يرد مثل زيوفه ويرجع بجياده لان حقه في الوصف مرعي كحقه في الاصل
ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة
بجنسه فوجب الرجوع الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به
فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا
في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها ولا بايجاب ضمان الاصل
لانه ايجاب له عليه ولا نظير له في الكتب المشهورة قال صدر الشريعة يرد
عليه ان مثل هذا في الشرع كثير فان جميع تكاليف الشرع من هذا القبيل
لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير **اقول** ليس شيء من تكاليف
الشرع من هذا القبيل فان الضرر فيه دنيوي والنفع اخروي ولا
يجوز للعبد ترك النفع الاخروي لانه حق الله تعالى بخلاف ما نحن فيه
فان الضرر والنفع فيه دنيويان ويجوز للعبد ترك النفع الدنيوي

والفضة تنصيفا اي الذهب والفضة صح

الالف اليهما صح

لانه حقه ولهذا جاز التجوز به كما مرّ وبالعثور على صدور امثال هذه عن
هذا الفاضل يتبادر الى الظن انه كثيرا ما يغفل عن دقايق هذا الفن
فرخ طير او باض او تكنّس ظبي في ارضه فهو للجميع كان كل من الفرخ والبيض
وولد الظبية للآخذ لا لرب الارض لانه مباح سبقت يده اليه كصيد
تشبث بشبكة نصبت للجفاف فدرهم او سكر نثر فوقع على ثوب لم يعدّ له
اي سابقا ولم يكفه اي له حقا حتى اذا اعدّ الثوب لذلك فهو لصاحب
الثوب وكذا ان لم يعدّ لكن لمّا وقع فيه كفّه صار بهذا الفعل له بخلاف
ما اذا عسّل النحل في ارضه لانه عدّ من انزاله تملكه تبعا للارض كالشجر
النابت فيها والتراب المجتمع فيها بجريان الماء ما يبطل بالشرط الفاسد
ولا يصح تعليقه بالشرط اعلم ان ههنا اصلين احدهما ان كل ما كان
مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربوا
وهو في المعاوضات المالية لا غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربوا هو
الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كما مرّ هي ما لا يقتضيه
العقد ولا يلايمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربوا ولا
يتصور ذلك في المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال و
الخلع ونحوها ولا في التبرعات كالهبة بل يفسد الشرط ويصح التصرف
وثانيهما ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب
القمار وفيما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا
وذلك كالطلاق والعتاق وفيما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه
بالشرط الملايم وكذا التحريضات قال عم من قتل قتيلا فله سلبه وهو
اربعة عشر البيع وقد مرّ بيانه في البيع الفاسد واجارته فان اجازة
البيع كالبيع حتى لو قال ان زاد فلان في الثمن فقد اجزت البيع بطلت
الاجازة والقسمة والاجارة فانه في الاولى معنى المبادلة وفي الثانية

قوله البيع صورة تعليقه بالشرط ان قال ان قدم فلان غدا فبعته داري بكذا او ان رضي ابي فقدم بذا منك بكذا او الملك الصحة بناء على ان تعليق الكرماني لا يصح اتفاقا كذا في ايضاح
عزمي

قوله حتى لو قال ان زاد فلان في الثمن فقد اجزت البيع ونحوه بان عقد غيره بغير اذنه وقال من له ولاية الاجازة اجزت ان زاد المشتري لي كذا فقال المشتري زدت ذلك القدر فان ذلك لا يصح كذا في الايضاح
عزمي

قوله والقسمة صورة فساد بالشرط الفاسد بان كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين لآخر كذا في الايضاح
عزمي

قوله والاجارة صورة بطلانه بالشرط الفاسد بان استاجر عبدا شهرا بمائة على ان يعطل الايام فله ان يعمل فيها من الشهر الداخل التي مرض فيها كذا في الايضاح
عزمي

معنى

معنى تمليك المنفعة والاجرة والرجعة فانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه
فلا يجوز تعليقه بالشرط والصلح عن مال بمال فيكون معاوضة مال بمال
فيكون بيعا والابراء عن الدين فانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد و
ان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات الا اذا علق بكائن
اي بشرط واقع حتى لو قال لمديونه مال بذمته فقال شريك تو دادم
فقال المدعي اكر داده بيزار شدم از تو وداده است صحت البراءة لان
هذا تعليق البراءة بشرط كائن كذا في الاسروشنية وعزل الوكيل والاعتكاف
فانهما ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمزارعة والمعاملة
فانهما اجارة فان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكون
معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط والاقرار فانه اخبار متردد
بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا لفوات الشرط
ولا بالعكس وانما التعليق في الايجاب ليتبين انه ليس بواقع قبل وجود
الشرط والوقف فان فيه تمليك المنفعة والتحكيم فانه تولية صورة و
صلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار
انه صلح لا يصلح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح
بالشك وما لا يبطل به اي بالشرط الفاسد ستة وعشرون القرض والهبة
والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء
والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة
والوكالة والاقالة والكتابة الا اذا كان الفساد في صلب العقد
صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع بالعوضين
فكل فساد يكون في احد العوضين يكون فسادا في صلب العقد
قال الزيلعي الكتابة انما تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط داخلا
في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على ان لا يعمل

فا وتعليقه بان قال وقفت داري هذه على كذا ان جاء راس الشهر كذا في ايضاح الكرماني وهو موافق لما في الكنز وشرحه
للزيلعي وفي البزازية وتعليق الوقف بالشرط باطل انتهى وقد صرح قاضيخان بان الوقف لا يبطل بالشرط الفاسد
قلت قد صرح الاستروشني بان في كون الرجعة من جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بفاسده روايتين
عزمي

فلا نافات الكتابة على هذا الشرط يصح ويبطل الشرط واذا كان الشرط
داخلا في صلب العقد بان كاتبه المسلم على خمر او خنزير فانها تفسد به
وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في
حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا
بالشبهين فلشبهها بالبيع الفاسد تفسد اذا كان المفسد في
صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزايد اقول
بهذا يعلم ان ما قال في الاسروشنية والعمادية اولا وتعليق الكتابة
بالشرط لا يجوز وانها تبطل بالشرط الفاسد مبني على كون الفساد
في صلب العقد وما قال ثانيا الكتابة بشرط غير متعارف يصح و
يبطل الشرط مبني على كون الشرط زايدا ليس معه الفساد في صلب
العقد ولهذا قيد الشرط في الاول بالفاسد دون الثاني فلا وجه لما قال
بعض المتصفين هذا الكلام لا يتم على اطلاقه لانه لو كاتب عبده
بشرط ان لا يخرج عن المدينة صحت الكتابة وبطل الشرط ففي هذه
الصورة لم تبطل الكتابة بفساد الشرط واذن العبد في التجارة بان
اذن المولى لعبده بشرط ان يوقت بشهر او سنة او نحوهما ودعوة
الولد بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو مني والصلح عن
العمد وكذا الابراء عنه ولم يذكره اكتفاء بالصلح اذ ليس بينهما كثير
فرق فان الولي اذا قال للقاتل عمدا ابرأت ذمتك على ان لا تقيم في هذه
البلدة مثلا او صالح معه عليه صح الابراء والصلح ولا يعتبر الشرط
وعن الجراحة التي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن القتل الخطاء
او الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول والصلح عن جناية
الغصب اي المغصوب وجناية الوديعة والعارية اذا ضمنها اي
موجبا الصلح في الصورة المذكورة رجل شرط فيها كفالة او حوالة

٣٦٩

فان الصلح صحيح والشرط باطل وعقد الذمة فان الامام اذا فتح بلدة واقر اهلها
على املاكهم وشرط الامام في عقد الذمة ان لا يعطوا الجزية بطريق
الاهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح والشرط باطل والرد بالعيب وخيار
الشرط بان يقول المشتري ان لم ارد هذا الثوب لمعيب عليك فقد رضيت
بالعيب وكذا الرد بخيار الشرط كان يقول ابطلت خياري غدا ولا الخيار
اكثر من ذلك يبطل الشرط ولا الرد بالعيب وخيار الشرط وعزل القاضي بان
يقول الامام للقاضي اذا وصل كتابي اليك فانت معزول قيل يصح
الشرط ويكون معزولا وقيل لا يصح الشرط ولا يكون معزولا وبه
يفتى كذا في الفصول العمادية والاسروشنية وانما لم تبطل هذه
التصرفات بالشرط الفاسد لانها اما غير معاوضة مالية او من تبرعات
او من اسقاطات وما يصح اضافته الى المستقبل اربعة عشر الاجارة
وفسخها اما الاجارة فلانها تمليك المنافع ووجودها لا يتصور
في الحال فيكون مضافة ضرورة وهو معنى قول علمائنا الاجارة تنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوثها واما فسخها فمعتبر بها فيجوز مضافا
كما ان فسخ البيع وهو الاقالة يعتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا
اضافته كالبيع الى الزمان اقول هكذا وقعت العبارة منضما
فسخ الاجارة الى الاجارة في الفصولين وغيرهما من المعتبرات ووجه
ما ذكر وبعد ذلك نقل في الفصولين ما يخالف حيث قيل ذكر في فتاوى
القاضي ظهير الدين لو قال آجرتك داري هذا رأس كل شهر بكذا جاز
في قولهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد فسختك غدا هل يصح الفسخ
المضاف لا رواية لهذا وافتى ظهير الدين انه لا يصح فبين الكلامين
تناف ظاهر فليتأمل والمزارعة والمعاملة فانهما اجارة حتى ان من يجيزهما
لا يجيزهما الا بطريقها او يراعي فيهما شرايطها والمضاربة والوكالة فانهما

فاستغلك لم يصح اجماعا
كذا ذكر في فوايد صاحب
المحيط ولو قال هـ

من باب الاطلاقات والاسقاطات فان تصرف المضارب والوكيل قبل العقد
والتوكيل في مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد و
التوكيل اسقطه فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة فانها من باب
الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم كما تقرر
في موضعه بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط مطلقا
والايصاء اي جعل الشخص وصيا والوصية بالمال فانهما لا يفيدان
الا بعد الموت فيجوز تعليقهما واضافتهما والقضاء والامارة فانهما
تولية وتفويض محض فجاز اضافتهما والطلاق والعتاق فانهما من
باب الاطلاقات والاسقاطات والوقف فان تعليقه الى ما بعد
الموت جائز وما لا يصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجارته
وفسخه والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والقسمة
والابراء عن الدين فان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها
الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

باب الصرف عنونه الاكثرون بالكتاب

وهو لا يناسب كون الصرف من انواع البيع كالربوا والسلم
فالاحسن ما اختير ههنا وهو لغة بمعنى الفضل فسمي به هذا
العقد اذ لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة وبمعنى
النقل فسمي به لاحتياجه في بدليه الى النقل من يد الى يد قبل
الافتراق وشرعا بيع الثمن بالثمن اي بما خلق للثمنية كالذهب
والفضة سواء كان جنسا بجنس او بغيره كالذهب بالذهب و
الفضة بالفضة او الذهب بالفضة او بالعكس فان تجانسا
اي الثمنان بان يكونا ذهبين او فضتين لزم التساوي والتقابض
لما مر في الربوا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة

با

بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا معا
في جهة واحدة او ناما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح وقد
قال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وان وثب من سطح فثب معه بخلاف
خيار المخيرة اذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله وان
وصلية اختلفا اي المتجانسان جودة وصياغة اذ لا عبرة لهما لما مر في
الربوا والا اي وان لم يتجانسا فالتقابض لما مر ان احد جزئي العلة
يحرم النساء فلو باع احدهما بالآخر اي احد مختلفي الجنس يعني الذهب
بالفضة او بالعكس جزافا او بفضل وتقابضا فيه اي المجلس صح
لم يذكر التساوي لانه ليس محل الاشتباه ولا يتعينان اي لا يتعين
العوضان في الصرف كسائر العقود حتى اذا لم يكن عند العاقدين
شيء فاستقرضا فاديا قبل افتراقهما او استحق كل من العوضين
فاعطى كل منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه وامسكا ما اشار
اليه في العقد واعطيا مثلهما جاز ويفسد اي الصرف بخيار الشرط
اذ يمتنع به استحقاق القبض لبقاء الخيار لان استحقاقه مبني على الملك
والخيار يمنعه والاجل اذ يمنع القبض الواجب ويصح الصرف ان اسقطا
اي خيار الشرط والاجل في المجلس لارتفاع المفسد قبل تقرره ظهر
بعض البدل زيفا فرد انتقض فيه فقط اي انفسخ الصرف في المردود
ويبقى في غيره لارتفاع القبض فيه فقط لا يتصرف في ثمن الصرف
قبل قبضه لانه واجب حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته فلو شرى به اي
بثمن الصرف ثوبا فسد فان باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى
اشترى بها ثوبا فسد شرى امة مع طوق ذهب قيمة كل الف درهم
بالفين نسيئة فسد في الكل اي في الامة والطوق اما في الصرف فلفوات
التقابض واما في الامة فلان المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل

معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي ولو نقد القابض
في المسئلة السابقة او اشتراهما اي الامة والطوق بالفين احدهما
نقد والآخر نسيئة فهو ثمن الطوق اما في الاولى فلان قبض حصة
الطوق في المجلس واجب لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب
واما في الثانية فلان الاجل بطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على
وجه الجواز وهو الظاهر من العاقدين وان وصلية لم يبين انه ثمن الطوق
او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين فظ لانه لما باع قصد الصحيح
ولا صحة الا بان يجعل المقبوض في مقابلة الفضة واما اذا قال خذ هذا
من ثمنهما فلان معناه خذ هذا على انه بعض من مجموعهما لظهور ان
الالف ليس ثمن المجموع وثمن الفضة بعض ثمن المجموع فيحمل عليه
تحريا للجواز كذا اذا باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو
حصتها اي الحلية ان تخلص بلا ضرر وكان المقبوض حصة الحلية وان
لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما لما مر فان لم يتقابضا
حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها والا اي وان لم تتخلص بلا
ضرر بطل العقد فيهما اي السيف والحلية اما الحلية فلما مر واما السيف
فلانه لا يمكن تسليمه بغير ضرر وهذا لم يجز افراده بالعقد كالجذع في السقف
باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض واشتركا في الاناء
لانه صرف كله وصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد فالفساد طارئ لانه
يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع وان استحق بعضه اخذ المشتري باقيه
بقسطه او رده لان الشركة عيب في الاناء وان استحق بعض قطعة
نقرة بيعت اخذ الباقي بقسطه بلا خيار لان التبعيض لا يضره
صح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وبيع كر بر وكر شعير
بضعفهما اي كري بر وكري شعير وعند زفر لا يصح لانه قابل الجملة

عزمی زاده

با

٦٨

بالجملة ومن ضرورته الانقسام على الشيوع وفي صرفه الى الجنس خلافه
تغيير له وهو قول الشافعي قلنا المقابلة المطلقة تحتمل الصرف المذكور
فيحمل عليه تصحيحا للتصرف وليس فيه تغيير اصل التصرف بل وصفه
اذ موجبه ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وهو حاصل بهذا الوجه
وصح بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار بان يكون عشرة بعشرة
دراهم ودرهم بدينار بالطريق المذكور وصح بيع درهم صحيح ودرهمي
غلة لتحقق التساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة من له على
آخر عشرة دراهم فباع منه اي العشرة عليه دينارا بها اي بعشرة
عليه صح بالاجماع ويقع المقاصة بنفس العقد وان باعه اي
الدينار بعشرة مطلقة اي غير مقيدة بكونها عليه ودفعه اي الدينار
وتقاصا العشرة بالعشرة صح ايضا اي اذا صار لكل واحد منهما على الآخر
عشرة دراهم فتقاصا العشرة بالعشرة فيكون التقاص فسخا للبيع الدينار
بالعشرة المطلقة وبيعا للدينار بعشرة على عمرو واذا لم يحمل عليه لكان
استبدالا ببدل الصرف الغالب الفضة من الدراهم والغالب الذهب
من الدنانير فضة وذهب حكما ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد فلا يصح بيع الخالص به اي بالخالص ولا بيع بعضه
اي بعض الغالب الفضة والذهب ببعض منه الا متساويا وزنا
وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا وذلك لان النقود لا تخلو عن قليل
غش عادة فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء والغالب
الغش منهما اي من الدراهم والدنانير في حكم العروض اعتبارا للغالب
فصح بيعه اي بيع الغالب الغش بالخالص من الدراهم والدنانير ان كان
اي الخالص اكثر من المغشوش فالجنس الى الجنس وغيره الى الزائد وصح
بيعه ايضا بجنسه متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس شرط التقابض

في المجلس الصحيح تبعيض وانما شرط لان القبض في الخالص شرط في الغش
لعدم التمييز وان كان اي الخالص مثله اي مثل الغالب الغش او
اقل منه او لا يدري فلا اي لا يصح البيع للربوا في الاوليين وللاحتمال
في الثالث والخارج بعض الغالب الغش لم يتعين بالتعيين وإلا
اي اذا لم يروج يتعين به لانه ما دام يروج كان ثمنا فلا يتعين بالتعيين
وإلا فهو سلعة فيتعين بالتعيين وان كان يقبله البعض دون
البعض فهو كالزيوف فلا يتعلق العقد بعينه بل بجنسه زيفا
ان كان البائع يعلم حاله لتحقق الرضا منه وبجنسه من الجياد ان لم يعلم
لعدم رضاه فالمبايعة والاستقراض بما يروج منه يكون وزنا او
عددا او بهما اي ان كان يروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيه
يكون بالوزن وان كان يروج بالعدد فبالعدد وان كان يروج
بهما فبكل واحد منهما لان [illegible] هو المتعارف فيما لا نص فيه
والمتساوي كغالب الخالص في المبايعة والاستقراض حتى لا يجوز
البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية ولا ينتقض
العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطي مثلها لان الخالص موجود
فيه حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب اعتبارها بالوزن شرعا الا ان يشار
اليها كما في الخالصة وكغالب الغش في الصرف حتى اذا باعها بجنسها
جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالخالص لم يجز حتى يكون الخالص
اكثر مما فيه من الخالص فان احدهما لما لم يغلب على الآخر وجب اعتبارهما
(عبارة الزيلعي من الفضة وهو الظاهر)
اشترى شيئا به اي بالغالب الخالص اكثر مما فيه الخالص الغش او بفلوس
نافقة فكسد واحد منهما قبل التسليم بطل البيع عند ابي حنيفة
لان الثمن هلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقي
بيعا بلا ثمن فيبطل فرد المبيع ان قام ولم يهلك وإلا فمثله ان كان

مثليا

المعتبر

ومن مشايخ بخارا من جعل بيع الوفا كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين وصورته ان يقول
البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على اني متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه كالمكره باعتبار شرط
الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به وينقض بيع المشتري كبيع المكره لكون

مثليا او قيمته ان كان قيميا صح اي البيع بالفلوس النافقة بلا تعيين
لانه ثمن بالاصطلاح وبكاسدة به اي بالتعيين لانه سلعة فلا بد
من تعيينه استقرض فلوسا فكسدت رد مثلها عند ابي حنيفة رح
لانه اعارة وموجبها رد العين معنى وذا بالمثل والثمنية فضل
فيه اذ صح استقراضه بعد الكساد شرى بنصف درهم فلوس او
دانق او قيراط فلوس صح وقال زفر لا يصح لانه اشترى بالفلوس فانه
لا يقدر بالعدد لا بالدانق فلا بد من بيان عددها قلنا بما
بنصف الدرهم من الفلوس او الدانق معلوم عند الناس
فاغنى عن البيان وعليه اي على المشتري ان يدفع البائع قدر
ما يباع اي بنصف درهم او دانق او قيراط منها اي من الفلوس
قال لمن اعطاه درهما من الصيارفة اعطني بنصفه فلوسا
وبنصفه نصفا اي ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم
الا حبة فسد اي البيع في الكل للزوم الربوا بخلاف اعطني نصف
درهم فلوسا ونصفا الا حبة اذ يكون النصف الا حبة بمثله
وما بقي بالفلوس ولو كرر اعطني بان قال اعطني بنصفه فلوسا
واعطني بنصفه نصفا الا حبة صح اي البيع في الفلوس فقط
ولم يصح في نصف درهم الا حبة لانه لما كرر صار عقدين وفي
الثاني ربوا وفساد احد البيعين لا يوجب فساد الآخر
تذنيب لكتاب البيع بيع الوفاء قيل رهن قال الشيخ
الامام نجم الدين النسفي البيع الذي تعارف اهل زماننا احتيالا
للربوا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة وهذا المبيع في
يد المشتري كالرهن في يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له في الانتفاع
الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره او اتلفه من شجره

٣٦٩ الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا
ومنهم من جعله رهنا منهم السيد ابو الشجاع وعلي السعدي والقاضي
الامام الحسن الماتريدي قالوا لما شرط عليه اخذه عند قضاء الدين فهو في الحقيقة
رهن لانه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين
والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ
ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا
مفيدا لبعض الاحكام منهم الامام نجم الدين
النسفي فقال اتفق مشايخنا في هذا الزمان
فجعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام
وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع
لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد
قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع
لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى
ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل والصحيح ان العقد الذي جرى
بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون
رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ
في البيع فسد البيع
وان لم يذكرا ذلك
في البيع وتلفظا بلفظ
البيع بشرط الوفا او تلفظا
بلفظ البيع الجائز وعندهما
هذا البيع عبارة عن بيع
غير لازم فكذلك ان ذكرا
البيع من غير شرط زيلعي
في كتاب
الاكراه
م

مطلب بيع الوفا

[illegible]

والدين يسقط بهلاكه اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه
في الزيادة اذا هلكت من غير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه
لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام لان المتعاقدين
وان سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن والاستيثاق بالدين لان
البائع يقول لكل احد بعد هذا العقد رهنت ملكي فلانا
والمشتري يقول ارتهنت ملك فلان والعبرة في التصرفات والمبادلة
للمقاصد والمعاني لا للالفاظ فان اصحابنا قالوا الكفالة بشرط
براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرا كفالة وهبة
الحرة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح والاستصناع
الكلدا اذا ضرب فيه الاجل سلم ونظائره كثيرة وكان الامام السيد
ابو شجاع على هذا وقيل بيع ذكر في مجموع النوازل اتفق
مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعا على ما كان عليه بعض السلف
لانهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه والعبرة للملفوظ
ايضا دون المقصود فان من تزوج امراة ومن نيته ان يطلقها
بعد ما جامعها صح العقد وقيل قائله قاضي خان الصحيح انه
اي العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا
لان كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما احكام مستقلة
بل يكون بيعا فان شرطا اي العاقدان الفسخ فيه اي في العقد
فسد لان البيع يفسد به كذا اي يفسد ايضا ان لم يشرطاه
اي الفسخ ولكن تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء لان هذا
الشرط مفسد له او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما اي والحال
ان في زعمهما هو بيع غير لازم فانه ايضا يفسد جعلا بزعمهما
وان ذكرا اي ذكر العاقدان البيع بشرط ثم ذكراه اي الشرط على

٣٧٠ اي لا يكون الشفعة خصوصا بالعقار بالامام

وجه الميعاد جاز اي البيع لخلوه عن المفسد ويلزم الوفاء به لان
المواعيد قد يكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس
صح بيع الوفاء في العقار استحسانا للتعامل واختلف في
المنقول قيل يصح لعموم الحاجة وقيل لا لخصوص التعامل

كتاب الشفعة

لما فرغ عن البيع بانواعه
شرع فيما يترتب عليه وهذا احسن من تاخيرها الى اواخر الكتب
كما وقع في ساير الكتب اي لغة من الشفع وهو الضم سميت
بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وشرعا تملك العقار
وهو الضيعة وقيل الاصل من دار او ضيعة كذا في المغرب
وما في حكمه كالعلو قال في الكافي العلو يستحق بالشفعة و
يستحق به الشفعة في السفل وان لم يكن طريق العلو في السفل
لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار جبرا على المشتري بمثل
متعلق بالتملك ما قام عليه من الثمن وتثبت اي الشفعة بعد
البيع للخليط اي الشريك في نفس المبيع ثم اي بعد تسليمها
تثبت للخليط في حقه اي حق المبيع كالشرب والطريق
الخاصين معنى خصوصهما ان يكون الشرب من نهر
لا يجري فيه السفن وان لا يكون الطريق نافذا ثم اي بعد ما
سلمها تثبت للخليط لجار ملاصق ولو ذميا او ماذونا
او مكاتبا لاطلاق ما روي من قوله عليه السلام الشفعة
لشريك لم يقاسم وقوله عم جار الدار احق بالدار والارض
ينتظر له وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد الجار
وهو شريك في الطريق ويثبت الحكم في الشرب دلالة لان الشفعة
انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلط وقد وجدت

في الشرب بابه في سكة اخرى فان بابه لو كان في تلك السكة لكان خليطا في
حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا صورته منزل مشترك بين اثنين
في دار هي لقوم في سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه
من المنزل فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء
في الدار احق من الشركاء في السكة لانهم اقرب للشركة بينهم في صحن
الدار فان سلموا فاهل السكة احق للشركة في الطريق فان سلموا
فللجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وبابه
في سكة اخرى واضع الجذع على حائط اى حائط المبيع او
شريكا للبائع في خشبة عليه اى على الحائط فان الجار بهذا
المقدار لا يكون خليطا في حق المبيع ولا يخرج عن كونه
جارا ملاصقا كذا في الهداية والكافي وغيرهما وهذه العبارة
احسن من عبارة الوقاية لان المتبادر منها تغايرهما للجار
على عدد الرؤس متعلق بقوله وتثبت لا قدر الملك وعند
الشافعي تثبت على قدر الملك صورته دار بين ثلاثة لاحدهم
نصفها وللآخر سدسها وللثالث ثلثها فباع صاحب النصف
نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما
وعند الشافعي اثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس
قضى بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضى بينهما ارباعا
وعندنا يقضى بينهما نصفين في الكل وتستقر عطف على
تثبت اى تستقر الشفعة بالاشهاد اذ لا بد من طلب
المواثبة لان حق الشفيع ضعيف يبطل بالاعراض
فالاشهاد ابتداء على طلبها لتيسر اخذ المقصود بحكم القاضي
ولم يبق حاجة الى اليمين على المبائي ويملك اى العقار وما

في حكم

في حكمه بالقضاء او الاخذ بالرضاء بين الشفيع والمشتري قال في الوقاية
والكنز ويملك بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي وصرح شارحهما بان
قوله او بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي
اذا حكم تثبت الملك للشفيع قبل اخذه ولما كانت عبارة المتن
موهمة لعطف بقضاء القاضي على التراضي بل ظاهرة فيه غير
العبارة الى ما هي احسن منها لانه اذا ثبت الملك للشفيع قبل الاخذ
بعد حكم القاضي كان هذه العبارة احسن من عبارة الهداية
ايضا حيث قال ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها
حاكم لان قوله او حكم عطف على سلم فيلزم ان يكون الاخذ معتبرا
في كل من تسليم المشتري وحكم القاضي وليس كذلك في الثاني ويطلبها
اى الشفيع الشفعة اعلم ان الطلب ههنا ثلثة طلب المواثبة
وطلب الاشهاد والتقرير وطلب الاخذ والتملك ذكر الاول بقوله
ويطلبها الشفيع في مجلس علمه بالبيع سماعه متعلق بالعلم من
رجلين او رجل وامرأتين او واحد عدل وقالا يكفي واحد
حرا او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر صدقا وان امتد
اى المجلس لانه لما ثبت له خيار التملك احتيج الى زمان التأمل
كما في المخيرة فلو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا
قوة الا بالله او سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد
على الخلاص عن جوار البائع مع الامن من ضرر الدخيل بالشفعة
والثاني تعجب منه بقصد اضراره والثالث لافتتاح الكلام
كما هو عرف بعض الناس فلا يدل شيء منه على الاعراض بلفظ
متعلق بيطلبها يفهم منه طلبها كطلبت الشفعة او انا طالبها
ونحو ذلك فان العبرة للمعنى وفي العرف يراد بهذه الالفاظ

بجنب ارضه

الطلب للحال لا الخبر عن امر ماض او مستقبل حتى قال الامام الفاضل
ابو بكر محمد بن الفضل اذا سمع بيع ارض فقال شفعة شفعة
كان ذلك منه طلبا كذا في الكافي وقيل يبطل بادنى سكوت حتى
لو اخبر بكتاب في الشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخر
الكتاب بطل شفعته قال في الايضاح الاول اصح ويسمى هذا
طلب مواثبة ليدل على غاية التعجيل كان الشفيع يثب و
يطلب الشفعة والاشهاد فيه ليس بلازم وانما الاشهاد لمخافة
الجحود كذا في الهداية والكافي وسيأتي لزيادة تحقيق ان شاء
الله تعالى وذكر الثاني بقوله ثم يشهد عند الدار لان الحق يتعلق بها
او على البايع ان كان الدار في يده ولم يسلم الى المشتري فانها اذا سلمت
اليه لم يصح الاشهاد عليه لخروجه عن ان يكون خصما اذ لا يد له ولا
ملك او المشتري وان لم يكن ذا يد لانه مالك قائلا حال من ضمير
يشهد اشترى فلان هذه الدار وانا شفيعها وكنت طلبت الشفعة
واطلبها الآن فاشهدوا عليه ويسمى طلب الاشهاد وهذا الطلب
واجب حتى اذا تمكن من الاشهاد عند الدار او على ذي اليد ولم
يشهد بطلت شفعته فاذا كان في مكان بعيد فسمع فطلب
طلب مواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار او على ذي
اليد يوكل وكيلا ان وجد والا يرسل رسولا او كتابا فان لم
يجد فهو على شفعته فاذا حضر طلب وان وجد ولم يفعل بطلت
شفعته كذا في الذخيرة واذا اشهد في الاول اي في طلب المواثبة
عند احدها اي عند الدار او البايع او المشتري يستغني عنه اي
عن الاشهاد في الثاني لقيامه مقام الطلبين نقله في الكافي
عن الفتاوى الظهيرية وفي شرح الهداية عن مبسوط شيخ

الطلب

الكلام

الاسلام وانما قال عند احدها لان الاشهاد على مجرد طلب المواثبة
بلا حضور واحد مما ذكر لا يقوم مقام الطلبين بلا خفاء
ثم يطلب عند قاض قائلا اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بدار
كذا فمره يسلم الي ويسمى طلب تمليك وخصومة وبتأخيره مطلقا
اي شهرا كان او اكثر لا تبطل اي الشفعة عند ابي حنيفة وقال
محمد اذا ترك شهرا بلا عذر بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر
لانها لو لم تسقط به تضرر المشتري اذ لا يمكنه التصرف حذار نقضه
من جهة الشفيع فقدر بشهر لانه آجل وما دونه عاجل كما مر
في الايمان قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا لتغير احوال
الناس في قصد الاضرار بالغير واختاره في الوقاية وجه قول ابي حنيفة
وهو ظاهر المذهب ان الحق قد تقرر شرعا فلا يبطل بتأخيره كسائر
الحقوق الا ان يسقطها بلسانه وما ذكر من الضرر يمكنه ان يدفع
بان يرفع الامر الى القاضي حتى يأمر الشفيع بالاخذ او الترك فحين لم يفعل
فهو المضر بنفسه به يفتى كذا في الهداية والكافي ولو علم انه ليس في
البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير اتفاقا اذ لا يتمكن من
الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا واذا طلب اي الشفيع
الشفعة عند القاضي سأل القاضي الخصم عن مالكية الشفيع بما
يشفع به فان اقر بها او نكل عن الحلف على العلم بان يحلف بالله
ما يعلم انه مالك الدار التي يشفع بها او برهن الشفيع بكونه
مالكا لما يشفع به سأله اي سأل القاضي المدعى عليه عن الشراء
فان اقر به او نكل عن اليمين على الحاصل او السبب فان ثبوت
الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما يستحق
هذا الشفيع الشفعة علي وان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار

يُرفع

ببينة الدار

يحلف على البتات بالله ما اشتريته لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي
او برهن الشفيع قضى له اى للشفيع بها اى بالشفعة وان وصلية
لم يحضر اى الشفيع الثمن وقت الدعوى وبعد القضاء لزم اداء
الشفيع احضار الثمن وللمشتري حبس الدار لقبضه اى الثمن
وبتأخيره اى الثمن لا تبطل اى الشفعة يعني اذا قيل للشفيع
ادّ الثمن فأخّره لا يبطل الشفعة والخصم للشفيع البائع قبل التسليم
اى تسليم المبيع الى المشتري لانه ذو اليد ولكن لا تسمع البينة اى
بينة الشفيع عليه اى على البائع بغيبة المشتري ويفسخ
اى البيع بحضوره اى المشتري لانه المالك ويقضى بالشفعة و
العهدة على البائع حتى يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق
يكون عهدة الثمن عليه فيطلب منه بخلاف ما اذا قبض المشتري
المبيع من يده حيث لا يعتبر حضوره ولا يكون العهدة عليه
لانه صار اجنبيا الوكيل بالشراء خصم للشفيع لانه العاقد
والاخذ بالشفعة من حقوق العقد ما لم يسلم اي الوكيل فاذا
سلمه اليه يكون هو الخصم اذ لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم
هو الموكل للشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراءة
منه اى من العيب لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان
الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة
اليه فيثبت له الخيار اى كما ثبت له منهما ولا يسقط خياره برؤية
المشتري ولا بشرط البراءة منه لان المشتري ليس بنائب عن
الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه اختلفا اى الشفيع و
المشتري في الثمن قال المشتري الف ومائة وقال الشفيع الف
فالقول للمشتري مع يمينه لان الشفيع يدعي استحقاق الدار

ادا الثمن

عند

٣٤٤

٣٧٣

عند نقد الاقل والمشتري ينكره ولو برهنا فالشفيع اولى لان
بينته اكثر اثباتا معنى وان كان بينة المشتري اكثر اثباتا صورة
لان البينات للالزام وبينة الشفيع ملزمة بخلاف بينة المشتري
فان بينة الشفيع اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار اليه
بالف شاء او ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء
بل يتخير بين الاخذ والترك ادعى المشتري ثمنا وبايعه اقل منه بلا قبضه
فالقول له اى للبائع وبه اى بالقبض للمشتري يعني اذا ادعى المشتري
ثمنا وادعى بايعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال
البائع لان الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذ به وان
كان كما قاله المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل وحط
البعض يظهر في حق الشفيع كما مر وسيأتي فيأخذ به وان كان
البائع قبض الثمن اخذها الشفيع بما قال المشتري اذا ثبت ذلك
بالبينة او بيمينه لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين و
التحق بالاجانب فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري
وقد ثبت ان القول فيه للمشتري حط البعض يظهر في حق الشفيع
حيث يأخذ المبيع بالاقل لانه يلتحق باصل العقد فكان الثمن
ما بقي لا حط الكل لان العقد يكون بيعا باطلا او هبة وعلى التقديرين
لا يصح الشفعة ولا الزيادة على الثمن الاول لان استحقاق الاخذ
بما دونها وفي الشراء بمثلي يأخذ الشفيع بمثله وفي قيمي يأخذه
بالقيمة ففي بيع عقار بعقار يأخذ كلا بقيمة الآخر يعني اذا بيع
عقار بعقار يأخذ شفيع كل من العقارين كلا منهما بقيمة الآخر
لانه بدله وهو من ذوات القيم وفي ثمن اى المبيع بثمن مؤجل
يأخذ بحال او يطلب الآن ويأخذ بعد الاجل يثبت بالشرط

لانه

(العقد) والاشتراط في حق المشتري لا يكون اشتراطاً وليس من لوازمه
في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضا البائع به
في حق المشتري لا يدل على رضاه في حق الشفيع لتفاوت
احوال الناس ولو لم يطلب الشفيع الآن وسكت عن طلبها
وصبر ليطلبها عند الاجل بطلت شفعته لان حق الشفيع
قد ثبت ولهذا كان له ان يأخذ الآن بثمن حال والسكوت
عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة وفي شراء ذمي
بخمر او خنزير يأخذ الشفيع بمثل الخمر وقيمة الخنزير لو كان
الشفيع ذمياً وبقيمتهما لو مسلماً وفي بناء المشتري في الدار
او الارض وغرسه بالثمن وقيمتهما حال كونهما مستحقي القلع
او كلف المشتري قلعهما يعني اذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع
فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس مستحقي
القلع وان شاء كلف المشتري قلعهما كما في الغصب وان
قلعهما اي البناء والغرس الشفيع فاستحقت رجع بثمن
فقط ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على من اخذ منه
بائعاً كان او مشترياً بخلاف المشتري فانه يرجع بقيمتهما
على البائع لانه مسلط من قبله بخلاف الشفيع لانه
اخذ جبراً وان خربت الدار او احترق بناؤها او جف شجر
البستان بلا فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها
بتمام الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع
بلا ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن الا ان يكون مقصوداً
بالاتلاف كما مر او ترك لان يمتنع عن تملك الدار بماله
وبحصة العرصة عطف على تمام الثمن ان نقض المشتري

البـ

البناء يعني ان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت
فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصوداً
بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك
فيه بآفة سماوية والنقض له اي للمشتري لا للشفيع لانه
صار منفصلاً فلم يبق تبعاً حتى يكون للشفيع وفي شراء
ارض بنخل عليها ثمر اي اشترى ارضاً بنخل عليها ثمر وذكر
ثمر النخل اذ لا يدخل بدون الذكر او شراها ولم يكن على
النخل ثمر اي اشترى ارضاً بنخل عليها ثمر وذكر النخل واثمرت
عنده اي عند المشتري يأخذها اي الشفيع الارض والثمر بكل
الثمن فيهما اي في الفصلين اما في الاول فلانه باعتبار الاتصال
كان تبعاً للعقار كالبناء في الدار واما في الثاني فلانه مبيع
تبعاً لان البيع يسري اليه كما اذا اشترى حاملاً فولدت عنده
كان ملكه تبعاً واذا جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ
الثمر فيهما لانعدام تبعية العقار وقت الاخذ بالانفصال لكن في الاول
وهو ما اذا اشترى ارضاً بنخل عليها ثمر سقط حصته من الثمن لانه دخل في البيع
قصداً وكان له قسط من الثمن فيفوت قسط بفواته لا الثاني لانه لا
يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض
الذي له شبه بالعقد ففواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن باب ما
يكون هي الشفعة فيه او لا يكون وما يبطلها لا تثبت قصداً
الا في العقار انما قال قصداً لانها تثبت في غير العقار بتبعية العقار
كالشجر والثمر وما في حكمه كالعلو وقد مر بيانه ملك بمالي صفة عقار
اي بعوض مالي حتى اذا لم يكن بعوض بل هبة لم يثبت فيه الشفعة
وكذا اذا كان العوض غير مالي حتى لو خولع على دار لم يثبت

وان لم يقسم اى العقار وما فى حكمه ذكره لان الشفعة لا تثبت فيه
عند الشافعى لانها عنده لدفع ضرر القسمة وعندنا لدفع
ضرر الجوار كحمام ورحى وبئر وبيت صغير بحيث لا ينتفع به اذا
قسم ونهر وطريق مملوكين لا بناء ونخل فانهما ليسا بعقار
ولا فى حكمه بيعا قصدا او قد عرفت انهما اذا بيعا تبعا
للعقار تثبت فيهما الشفعة وصدقة وهبة الا بشرط عوض
بلا شيوع فيهما اى الموهوب فيه عوض فانها ليست بمعاوضة
مال بمال فصارت كالارث الا ان يكون بعوض مشروط لانها
بيع انتهاء وان لم يكن العوض مشروطا فلا شفعة فيها ولا
فى دار قسمت بين الشركاء لان القسمة فيها معنى الافراز
وهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة
او جعلت اجرة او بدل خلع او بدل عتق او بدل صلح عن دم
عمد او مهر وان قوبل ببعضها مال بان تزوج امرأة على دار
على ان ترد هى على الزوج الف درهم فلا شفعة فى شيء منها لانها
عندنا تختص بمعاوضة مال بمال مطلق لانها تثبت بخلاف
القياس بالآثار فى معاوضة مال بمال مطلق فيقتصر عليها
او بيعت عطف على جعلت اى لا شفعة فى دار بيعت بخيار
للبائع ولم يسقط خياره لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان
اسقط وجبت لزوال المانع عن زوال الملك لكن يشترط الطلب
عند سقوط الخيار فى الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك
عند ذلك او بيعت بيعا فاسدا يعنى اذا اشترى دارا شراء فاسدا
فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها
واما بعده فلان حق الفسخ فلان لكل واحد من المتبايعين سبيل

٣٧٥

من فسخ فلم يسقط فسخه فانها اذا بيعت بيعا فاسدا او سقط
حق الفسخ بان بنى المشترى فيها تثبت الشفعة او رد اى البيع بخيار
رؤية او شرط او عيب بقضاء متعلق برد بعد ما سلمت يعنى
اذا بيع وسلمت الشفعة ثم رد البيع باحد ما ذكر بقضاء القاضى
فلا شفعة لانه فسخ لا بيع بخلاف ما رد بلا قضاء لان
الرد لما لم يجب فاخذه بالرضاء او با قالة فانه بيع فى حق ثالث
والشفيع ثالثهما وتثبت اى الشفعة للعبد المستغرق
بالدين بحيث يحيط برقبته وكسبه فى بيع سيده ولا اى تثبت
فى بيعه اى العبد لان ما فى يده ليس بملك لمولاه وتثبت
ايضا لمن اشترى سواء اشترى اصالة او وكالة او شرى اى لمن وكل
آخر بالشرى فاشترى لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة
صورته دار بين ثلاثة وللدار جار ملاصق فاذا بيع الدار
واشتراها احد الشركاء تثبت الشفعة للمشترى سواء اشترى اصالة
او وكالة وكذا تثبت للموكل اذا اشتراها الوكيل لاجله وتثبت
ايضا للشريك الآخر وفائدته انها لا تثبت للجار لان الشريك
مقدم عليه لا اى لا تثبت لمن باع وكيلا كان او اصيلا
لان اخذه بالشفعة يكون سعيا فى نقض ما تم من جهته وهو
الملك واليد للمشترى وسعى الانسان فى نقض ما تم من جهته
مردود او بيع له وهو الموكل لان تمام البيع به اذ لولا توكيله لما
جاز بيعه او ضمن الدرك اى من يضمن الدرك عن البائع
وهو شفيع لا يثبت له الشفعة لانه تقرير البيع وكان كالبائع
كذا اى كما لا تثبت الشفعة فيما ذكر لا تثبت ايضا فيما بيع الا ذراعا
ما وقع فى الوقاية من قوله الا ذراعا بالنصب كانه سهو من الناسخ

صار كانه اشتراه

اى ضمان الدرك

من طول حد الشفيع اى الا مقدار عرض ذراع او شبر او اصبع
وطوله تمام ما يلاصق دار الشفيع فان ما يلاصقها اذا لم يبع
لا تثبت الشفعة لانقطاع الجوار وهذه حيلة لاسقاط
شفعة الجوار وكذا اذا وهب للمشترى هذا المقدار وقبض
وله حيلة اخرى ذكرها بقوله او شرى سهما بثمن ثم باقيها بثمن آخر
فالجار شفيع في الاول لا في الثاني لانه شريك في المبيع او لا في الثاني بل هو فيه جار
والمشترى شريك في الثاني والشريك مقدم على الجار وهذه حيلة
لابطال حق الشفعة ابتداء وهذه حيلة تفيد تقليل رغبة
الشفيع في الشفعة وهى انه لذا اراد ان يشترى الدار بالف
اشترى سهما واحدا من الف سهم منها بالف الا درهما ثم
شرى الباقى بدرهم فالشفيع لا يأخذ بالشفعة الا الاول
بثمنه لا الباقى لان المشترى صار شريكا وهو احق من الجار وله
حيلة اخرى ذكرها بقوله او شرى اى الدار بثمن غال كالف مثلا
ودفع ثوبا دينا قيمته عشرة بدلا اى بمقابلة الثمن فالشفعة
بالثمن لا الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار
وهذه حيلة تعم الشركة والجوار فيشترى المنزل الذى قيمته
مائة بالف ويعطى عن الالف ثوبا قيمته عشرة لكن المنزل اذا
استحق يرجع المشترى على البائع بالالف لبقاء العقد الثانى
فيتضرر البائع فالاولى ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق
المنزل بطل الصرف فيجب رد الدينار فقط اذ ظهر ان الالف
لم يكن عليه فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة ثم تصادقا
ان لا دين عليه فانه يرد الدينار وله حيلة اخرى احسن واسهل
ذكرها بقوله او شرى بدراهم معلومة اما بالوزن او بالاشارة بقبضه

اى مع قبضه فلوسا اشار اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد
القبض فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة
وجهالة الثمن تمنع الشفعة كره الحيلة لاسقاط الشفعة
الثابتة وفاقا بان يقول المشترى للشفيع بعد اثباتها انا
ابيعها منك بما اخذت فلا فائدة في الاخذ بها فيسلم الشفيع
ولا يأخذها بعد الاثبات فيسقط الشفعة لكن يكره واما الحيلة
لعدم ثبوتها ابتداء فعند ابى يوسف لا يكره لانه يحتال
لدفع ضرر عن نفسه لانه تملك الدار عليه بلا رضاه ضررا عليه
والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جائز وان تضرر الغير في ضمنه وعند
محمد يكره لان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر وفي اباحة الحيلة
ابقاء الضرر وبالاول يفتى الان وبالثاني في الزكوة قال صدر الشريعة
الشفعة انما شرعت لدفع ضرر الجوار فالمشترى ان كان ممن
يتضرر به الجيران لا يحل اسقاطها وان كان رجلا صالحا
ينتفع به الجار لا يحل اسقاطها وان كان رجلا صالحا
ينتفع به الجار والشفيع متعنت لا يجب جوار فحينئذ يحتال
في اسقاطها يبطلها اى الشفعة ترك طلب المواثبة او ترك
الاشهاد عليه اى على طلب المواثبة قادرا عليهما اما الاول
فبان ترك طلب المواثبة حين علم بالبيع قادرا عليه بان لم يأخذ
احد فمه ولم يكن في الصلوة فان شفعته تبطل فانما تبطل
بالاعراض وهو انما يثبت حالة الاختيار وهى بالاقتدار واما
الثانى فبان ترك الاشهاد على طلبها حين علم بالبيع قادرا عليه
بان كان عنده رجلان او رجل وامرأتان فسكت ولم يشهدهما
على طلبه فانه ايضا دليل الاعراض قال في الهداية اذا ترك الشفيع

الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وقد قال قبل هذا في باب طلب الشفعة الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم واعترض عليه بان بين كلاميه تناقضا ومنشأه الغفلة عن قوله وهو يقدر على ذلك فان مراده ان الشفيع اذا سمع البيع في مكان خال عن الشهود فسكت تبطل شفعته واذا قال طلبت الشفعة وان لم يسمع احد لا تبطل حتى اذا حضر عند القاضي وقال الشفيع طلبت الشفعة ولم اشهدها وحلف على ذلك كان بارا في يمينه ويثبت طلب المواثبة وسيأتي لهذا زيادة تحقيق عن قريب ويبطلها ايضا صلحه اي الشفيع منها اي الشفعة بعوض لانه تسليم فيرده اي العوض لبطلان الصلح لانه مجرد حق التملك بلا ملك فلا يصح الاعتياض عنه لانه رشوة فيرده ويبطلها ايضا موت الشفيع بعد البيع قبل القضاء بها اي الشفعة ولم يكن لورثته حق الاخذ بالشفعة حتى اذا مات بعد القضاء بها ولو قبل نقد الثمن وقبضه لا تبطل لتقرره بالقضاء ووجه بطلانه انه مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث لا اي لا تبطلها موت المشتري لان المستحق باق فبموت المستحق عليه لا يتغير سبب الاستحقاق ويبطلها ايضا بيع ما يشفع به قبل القضاء بها يعني اذا باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري قبل ان يقضي له بالشفعة وهو يعلم بالشراء او لا بطلت شفعته لانه الاستحقاق بالجوار الى الشركة وقد زال قبل التمليك وتبطلها ايضا جعله اي جعل الشفيع به مسجدا او مقبرة او وقفا مسجلا قال قاضي خان شرط قيام ملك الشفيع فيما يستحق به الشفعة وقت القضاء فلو جعل داره التي يستحق بها الشفعة مسجدا او مقبرة او وقفا مسجلا ثم قضي له بالشفعة لم تكن له الشفعة للمبيع فان المسجد والمقبرة والوقف المسجل بمنزلة الزائل عن ملكه قال الشفيع طلبت حين علمت فالقول له مع يمينه قوله فالقول له يدل على ان الاصل ان يقيم المشتري البينة اما بان يقول للشفيع كنت الطلب ليكون صورة الاثبات او يقول ما طلبت

ولا

وان كان

وان كان نفيا ظاهرا لكنه نفي محصور فيكون في حكم الاثبات كما تقرر في الاصول وعلى التقدير بين ان اقام البينة تقبل والا يحلف المشتري بانه لم يترك وطلب وان لم يكن بينة على تركه واقام الشفيع البينة على طلبه تقبل وان كان لهما بينة ترجح بينة المشتري لان الشفيع متمسك بالظاهر وهذا كان القول له ولم يكلف باقامة البينة بخلاف قوله علمت امس وطلبت كما سيأتي ويدل على ذلك ما ذكر في بعض شروح المختصر الجامع ان الشفيع لو لم يكن بحضرته احد يسمع ينبغي ان يطلب لانه يصح بلا اشهاد ولئلا يتمكن فينبغي ان يطلب حتى اذا حلفه المشتري يمكنه ان يحلف انه طلب كما سمع فظهر ان الحكم ههنا ان المشتري ان اقام البينة حكم بها والا فان اقامها الشفيع حكم بها وان لم يكن لواحد منهما بينة حلف الشفيع فحكم بالشفعة ولو قال علمت امس وطلبت كلف باقامة البينة ولا يقبل قوله لانه اضاف الطلب الى وقت ماض فقد حكى ما لا يملك استئنافه في الحال فلا يصدق فيما حكي بلا بينة واذا لم يضف الطلب الى وقت ماض بل اطلق الكلام اطلاقا فقد حكى ما يملك استئنافه في الحال لانه يجعل كانه علم بالشراء الان وطلب الشفعة الان فلذا جعل القول قوله كذا في العمادية ومن سمع اي الشفيع شراء فسلمها اي الشفعة فظهر شراء غيره او سمع بيعا بالف فسلم وكان باقل او بكيلي او وزني او عددي متقارب قيمته الف او اكثر فهي اي الشفعة تكون للشفيع ولا يكون تسليما نعم او بعوض كذلك اي اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لا اي لا يكون الشفعة والاصل فيه ان الغرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا سلم على بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه الذي تحقق بيانه انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فهو على شفعته لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند القلة وكذا التسليم في احد الجنسين لا يكون تسليما في الاخر

فعلم ان لا يحلف المشتري يمكنه في عامة النسخ والكل مسهو والصواب الا بنفي والا يحلف الشفيع ٣٧٧ بمعنية السباق والسياق كما قبل قائله وان عزمي زاده

ومن حكي ما لا يملك استئنافه في الحال

فربما يهلك عليه دراهم احدهما او يتعذر اداؤه وكذا كل موزون او مكيل او عددي متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعوض قيمته الف او اكثر فانه تسليم لانه انما يأخذ بقيمته
دراهم او دنانير ولو انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم
وكذا هذا وان كان اقل فهو على شفعته شفع حصة احد المشتريين لا حصة احد
البائعين بل اخذ الكل او ترك بيع اشترى جماعة من واحد فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم
وان باع جماعة من واحد ليس له ان يأخذ حصة احد البائعين لان في الاول دفع ضرر الجار له شفع
ابن نصفا مفرزا بيع من ساعة من دار فقسما بيع اشترى رجل نصف دار فقاسم
البائع فللشفيع ان يأخذ النصف الذي صار للمشتري او يدع وليس له ان ينقض
القسمة لانه من تتمة القبض لان القبض للانتفاع ولا يتم الانتفاع في المشاع
الا بالقسمة صح للوصي والاب تسليمها اي الشفعة على الصغير لانه ترك للتجارة
كذا ابلغهما شراء دار بجوار الصبي فسكتا لان السكوت عن الطلب ممن يملك التسليم
بمنزلة التسليم الوكيل بطلبها اذا سلم او اقر على الموكل بتسليم الشفعة صح
لو كان التسليم او الاقرار عند القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا انه يخرج
من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا

كتاب الهبة

لما فرغ عن البيع الذي هو تمليك عين بعوض وما يتبعه من الشفعة شرع
في الهبة التي هي تمليك عين بلا عوض فقال هي لغة تبرع وتفضل بما ينفع
الموهوب له مطلقا قال الله عز وجل فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب
لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وشرعا تمليك عين بلا عوض
اي بلا شرط عوض لا ان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض
فتدبر وتصح بايجاب كوهبت فانه صريح فيها ونحلت ايضا كذلك يقال نحلت كذا اي
اعطاه اياه بطيب نفس بلا عوض واعطيت واطعمتك هذا الطعام فاذا قبضه
قال صاحب الهداية ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف

ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا يطعم وقال
صاحب المحيط اضافة الطعام الى ما يطعم عينه يحتمل التمليك الا انه باحتمال يحتمل
الاباحة فاذا قال اقبضه فذلك على ان المراد التمليك وفي هذا زيدت هنا قوله
فاقبضه وجعلت هذا لك فان اللام للتمليك واعمرتك تقول اعمرتك من اعمرى فهو
للمعمر ولورثته بعد موته وسيأتي تمام بيانه وجعلته لك عمري وحملتك على هذه
الدابة لو نوى اي ان نوى بالحمل الهبة لانه ليس بصريح فيها فيحتاج الى النية لانه
قد يراد به الهبة يقال حمل الامير فلانا على الفرس يراد به التمليك قال تعالى [illegible]
وداري لك هبة مبتدأ وخبر هبة تنصب على الحال من ضمير الظرف واللام في لك للتمليك
تسكنها هذا لا ينافي الهبة بل تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله
وهذا الثوب لك تلبسه في داري لك هبة سكنى فان قوله سكنى تمييز فيكون نفس الملك
فيكون عارية لا هبة او عكسه وهو داري لك سكنى هبة فان معناه داري لك
بطريق السكنى حال كون السكنى هبة فيكون عارية لا هبة او داري لك نحلى
سكنى فان تقديره نحلتها نحلة وقوله سكنى تمييز او داري لك سكنى صدقة
اي بطريق السكنى حال كون السكنى صدقة او داري لك صدقة عارية اي
حال كونها صدقة بطريق العارية او على حال كون منافعها هبة لك فان هذه
العبارات تدل على العارية وقبول عطف على ايجاب فانها كالبيع لا تصح الا
بالايجاب والقبول وتتم عطف على تصح بالقبض قال الامام حميد الدين
ركن الهبة الايجاب في حق الواهب لانه تبرع فيتم من جهة المتبرع واما في
حق الموهوب له فلا تتم الا بالقبول ثم لا ينفذ ملكه فيها الا بالقبض الكامل
الممكن في الموهوب والقبض الكامل في المنقول ما يناسبه وفي العقار ما يناسبه
فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة
حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة من غير ان يكون بتبعية قبض الكل
وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل ولو وصلية شاغلة الملك

الواهب لا مشغولا به فتتم تفريع على قوله وتتم بالقبض الكامل بالقبض في مجلسها
اي مجلس الهبة بلا اذنه اي الواهب وبعده اي بعد المجلس اي باذنه ولو نهاه
اي نهى الواهب الموهوب له عن القبض لم يصح اي القبض مطلقا اي في المجلس وبعده
اذ لا عبرة للدلالة بمقابلة التصريح في محوز متعلق بقوله تتم بالقبض والمراد
ان يكون مفرغا عن ملك الواهب وحقه واحترز به عن هبة الثمر على النخل ونحوه كما
سيأتي مقسوم اي تعلق به القسمة ولم يبق مشاعا او مشاع لا يقسم اي
ليس من شأنه ان يقسم يعني ان لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا
كعبد واحد ودابة واحدة او لا تبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع
الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير لا اي
لا تتم بالقبض فيما اي في مشاع يقسم اي من شأنه القسمة كالارض
والثوب المذروع ونحو ذلك ولو وهبه لشريكه اي ولو كان الهبة لشريكه اي
شريك الواهب لان القبض الكامل لا يتصور فيه فان قسم اي فرز
الجزء الموهوب المشاع وسلم اي الموهوب تمت اي الهبة لان تمامها
بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلم شايعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه
فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ تصرف الواهب كذا ذكره قاضي خان كلبن في ضرع
وصوف على غنم ونخل على ارض وتمر في نخل حيث هو نظائر المشاع لا مثلها لا
لا شيوع في شيء منها لكنها في حكم المشاع حتى اذا فصلت عن هذه الاشياء
عن ملك الواهب وسلمت صحت هبتها كما في المشاع بخلاف دقيق في بر ودهن
في سمسم وسمن في لبن حيث لا يصح اصلا اي سواء افرزها وسلمها او لا لان
الموهوب في حكم المعدوم وترى ان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا
غيرها وبعد الاستحالة هو عين آخر على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع
فانه محل للملك حتى يجوز بيعه لكن لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وتتم
عطف على قوله وتتم بالقبض وتفريع على قوله ولو شاغلا لملك الواهب

لا مشغولا به في متاع في دار وطعام في جراب اذا سلمها بما فيهما بخلاف العكس
يعني لو وهب متاعا في دار او طعاما في جراب وسلمهما اي الدار والجراب بما فيهما
صحت الهبة في المتاع والطعام ولو وهب دارا وفيها متاع الواهب وسلم الكل
الى الموهوب له او وهب جرابا وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لا تصح الهبة والاصل
ان الموهوب متى كان مشغولا بملك الواهب يمنع التسليم فيمنع صحة الهبة ومتى
كان شاغلا له لا يمنع التسليم فتصح الهبة ففي الفصل الاول الموهوب شاغل
لا مشغول وفي الثاني الموهوب مشغول بملك الواهب وهذا لان المظروف
يشغل الظرف واما الظرف فلا يشغل المظروف الا اذا وهب المتاع و
الطعام ايضا فقبض الكل باذنه فصح في الكل يعني لو وهب الدار ولم
يسلم حتى وهب المتاع وسلم الكل جملة بخلاف ما اذا تفرق التسليم وانما
قال باذنه لانه ان لم يأذن له بالقبض فقبض ضمن لانه افسد ملك غيره كذا في
الكافي وينوب القبض في المجلس مناب القبول يعني اذا صدر الايجاب عن الواهب
فقبل قبول الموهوب له العقد اذا قبض الموهوب له باذنه صحت الهبة لان القبض
في المجلس بدل القبول ثم ان القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية بين الموهوب له
والموهوب اختلف فيه المشايخ قال الامام ابو الليث هي قبض عند محمد
لا عند ابي يوسف والمختار انه يصح في صحيحها اي الهبة بالتخلية لا فاسدها
كذا في الفتاوى الظهيرية وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت
في الدار اذ بالاستحقاق ظهر ان يده في المتاع كان يد غصب فصار
كما لو غصب الدار والمتاع ثم وهب الدار او اودع الدار والمتاع ثم
وهب الدار فانه يصح ولو وهب ارضا وزرعا وسلمهما فاستحق
الزرع بطلت اي الهبة في الارض لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال
كشيء واحد فاذا استحق احدهما صار كانه استحق البعض الشائع فيما
يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي كذا في الكافي قال صدر الشريعة

او وهب الجراب ولم يسلم حتى وهب
الطعام وسلم الكل صحت الهبة
في الكل لانه اذا سلم الكل
جملة صار كانه وهب الكل
جملة

وقال في الكافي لو وهب زرعا في ارض
وثمرا في شجر وامر بالحصاد والجذاذ
ففعل صح استحسانا ويجعل كانه
وهبه بعد الحصاد والجذاذ عزمي

الطاري م

المفيد هو الشيوع المقارن لا الشيوع كما اذا وهب ثم رجع في البعض (الطاري)
الشائع او استحق البعض الشائع بخلاف الرهن فان الشيوع الطارئ
مفسد وفي الفصولين ان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة
بالاتفاق وهو ان يرجع في بعض الهبة شائعا اما الاستحقاق
فيفسد الكل لانه مقارن لا طار كذا ذكره شيخ الاسلام ابو بكر
في هبة المحيط (اقول) عد صورة الاستحقاق من امثلة
الشيوع الطارئ غير صحيح والصحيح ما في الكافي والفصولين
لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة
فيكون مقارنا لها لا طارئا عليها الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض كذا (ويفتى به م)
في الفصولين وبني عليه الرجوع فيها اي في الهبة الفاسدة اذا ثبت الملك
فيها هل يثبت ولاية الرجوع للواهب فيما وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم (نعم)
قال بعض المشايخ كانت المسئلة واقعة الفتوى ففرقت بين الهبة
الصحيحة والفاسدة وافتيت بالرجوع وقال الامام التمرتاشي والامام عماد
الدين هذا الجواب مستقيم اما على قول من يرى الملك بالقبض في الهبة الفاسدة
فظ واما على قول من يرى ان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون
على ما تقرر فاذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد
قبل الهلاك فيملك الرجوع والاسترداد قال وهبت لك هذه النواة
الحنطة او الزق السمن صحت الهبة في الحنطة والسمن فقط
لما عرفت ان كلا منهما شاغل لملك الواهب لا مشغول به وهبت
دارها لزوجها وهما ومتاعها ساكنان فيها جازت الهبة ويصير الزوج
قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم ذكره
قاضي خان وهب شيئا في صندوق مقفل ودفع اليه الصندوق
لا يكون قبضا فلا يتم الهبة لان القبض لم يحصل اذ لم يمكن الانتفاع

٣٦٠

قوله وفيما اذا باعه منه
لان القبض في البيع مضمون
فلا ينوب عنه قبض الامانة
منلا

والانتفاع مع القفل (و) تم الهبة (بما مع الموهوب له بلا قبض جديد) يعني اذا
كان العين الموهوبة في يد الموهوب له وديعة او عارية او امانة ملكها
بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض في باب الهبة غير
مضمون فيعتبر فيه اصل القبض وهو موجود ههنا فناب عن قبض
الهبة (بخلاف البيع) يعني اذا باع الوديعة او نحوها ممن في يده يحتاج
الى قبض جديد لان البيع يقتضي قبضا مضمونا وقبض الوديعة قبض
امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى قبض جديد والاصل
فيه ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما مناب الاخر لاتحادهما جنسا
واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف بلا عكس لان في الاقوى مثل
الاضعف وزيادة وليس في الاضعف ما في الاقوى (و) تم ايضا (ما وهب الاب
لطفله بالعقد) لان الطفل في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير
لانه وليه فيشترط قبضه سواء كان في يده حقيقة او يد مودعه لان
يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب او المستأجر
او المرتهن حيث لا يجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم
قابض لنفسه (اذا كان) اي الموهوب (معلوما) قال في النهاية لفظ
المبسوط وكل شيء وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم
فهو جائز والقبض فيه باعلام ما وهبه والاشهاد عليه ثم قال الاشهاد
ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطا للتحرز
عن جحود سائر الورثة بعد موته وعن جحوده بعد ادراك الولد
(و) تم ايضا (ما وهب اجنبي له) اي للطفل (بقبضه) اي الطفل (عاقلا) لانه
في المنافع المحض ملحق بالبالغ (او قبض ابيه او جده او وصيه) (وصيهم)
لانه قائم مقامهم (او قبض ام هو) اي الطفل (معها) (او قبض اجنبي ربيه) (معها ساكن)
وهو اي الطفل (معه او قبض زوجها) اي الصغيرة (لكن بعد الزفاف)

لان الاب قام مقام نفسه في الحفظ وقبض الهبة لها ولو قبض الزوج
ايضا صح لان اصل الولاية له وولاية الزوج منه ولم يجز بايه الحمل لكونه
وصفا للام لا تصالها بها بمنزلة اطرافها ولا لكي لم تجز الهبة للحمل
وان جاز الاقرار له ان بين سببا صالحا وسيأتي بيانه في الاقرار ان
شاء الله تعالى وصح هبة اثنين دارا لواحد لانهما سلماها جملة وهو
قد قبضها فلا شيوع وعكسه هو هبة الواحد لاثنين لا اي لا
يصح لانها هبة النصف من كل واحد فيلزم الشيوع كتصدق
عشرة على غنيين فانه لا يجوز لان التصدق على الغني هبة فلا يجوز
للشيوع وصح هو اي تصدق العشرة وهبتها على فقيرين لان
الهبة للفقير صدقة والصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير
نايب عنه بخلاف الهبة وهب نصف الدار وسلم ثم الباقي لم يجز ولو وهب
اي الباقي قبل التسليم وسلم الكل جملة صحت في الكل لانه اذا سلم
الكل جملة صار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا نوى الرجل
هبة دار امراته قبل القبض متعلق بالهبة يجوز يعني اذا اشترى دارا ثم
قبل ان يقبضها وهبها لا في جازت الهبة لما عرفت ان التصرف
في العقار قبل القبض يجوز كذا اي يجوز هبة درهم صحيح اجلت
لانه هبة مشاع لا يقسم وانما قال صحيح لان المغشوش في حكم
العروض كما عرفت فيكون مما يقسم فلا يصح هبة اجلت
للشيوع معه درهمان قال لرجل في هبة درهم لك منهما
ان استويا اي قدرا لم يجز والا جازت والفرق ان الهبة في
الوجه الاول تناولت احدهما وهو مجهول فلا يجوز وفي الثاني
تناولت قدر درهم منهما وهو شايع لا يحتمل القسمة فيجوز
ويجوز ايضا هبة ابوي منزل في دار الاسلام لطفله لان

بر

يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار عليه فيمنع ظهور يده تملكهم
ان دخل فيها ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجز وقد مر في باب استيلاء
الكفار وكذا تجوز هبة البناء دون العرصة اذا اذن له
اي للموهوب له الواهب في نقضه وهبة ارض فيها زرع دونه
اي دون الزرع او نخل فيها تمر دونه اي دون التمر اذا امره اي
الواهب الموهوب له بالحصاد في الزرع والجذاذ في التمر لان المانع
لجواز الاشتغال بملك المولى فاذا اذن المولى في النقض والحصاد
والجذاذ وفعل الموهوب له زال المانع فجاز الهبة باب
الرجوع عنها صح اي الرجوع في اجنبي اراد به من لم يكن ذا رحم محرم
منه فخرج به من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذي
رحم ولذا قال ومنعه المحرمية بالقرابة واحترز به عن المحرمية بالسبب
لا النسب كالاباء والامهات والاخوة والاخوات وبنيهن من الرضاع و
من المحرمية بالمصاهرة كامهات النساء والربايب في حالة ازواج البنين
والبنات وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا
الواهب الوالد فيما يهب لولده ولنا ما روي من قوله عليه السلام الواهب
احق بالهبة ما لم يثب منها اي ما لم يعوض والمراد حق الرجوع
بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم والمراد بما
روي انه لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضاء الا الوالد اذا
احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته الى الانفاق ويسمى
ذلك رجوعا نظرا الى الظاهر وان لم يكن رجوعا حقيقة على ان هذا
الحكم غير مختص بالهبة بل الاب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه
ولو غايبا كما ذكر في باب النفقات قال صدر الشريعة ونحن نقول
اي لا ينبغي ان يرجع الا الوالد فانه يتملك للحاجة فتوهم بعض

اذا وهب الدين من المديون لم يكن له ان يرجع فيه لان الدين يسقط بالهبة ولا يحتمل العود قاضي خان

الكلي من قوله ونحن نقول بان للاب ان يرجع فيما وهب لابنه عندنا
ايضا مطلقا وهو وهم باطل منشؤه الغفلة عن قوله فانه يتملك
للحاجة فان مراده ما ذكرنا حتى لو لم يحتج لم يجز له الاخذ من مال ابنه فانه
ما توهمه المخالف لنص علمائنا كالامام فخر الدين قاضي خان وغيره
ان قرابة الولاد من جملة الموانع كما في الاباء والامهات وان علوا والاولاد
وان سفلوا والاخوة والاخوات واولادهما وان سفلوا والاعمام و
العمات والاخوال والخالات فقط فان اولادهم ليسوا بمحارم كما مر
في كتاب النكاح ثم ان موانع الرجوع في الهبة سبعة ذكر الاول بقوله
ومنعه المحرمية بالقرابة وجه كونها مانعا ان المقصود هو صلة الرحم
يحصل بها فانها واجبة في المحارم وكل عقد افاد مقصوده يلزم
وذكر الثاني بقوله وزيادة متصلة عطفا على قوله المحرمية بالقرابة كبناء
وغرس وسمن وجه كونها مانعا ان الرجوع انما يصح في الموهوب و
الزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن
ليرجع في الاصل لا الزيادة فامتنع الرجوع اصلا وذكر الثالث
بقوله وموت احدهما اما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل
الى الورثة واما اذا مات الواهب فلان النص لم يوجب حق الرجوع
الا للواهب والوارث ليس بواهب وذكر الرابع بقوله وعوض فان
حق الرجوع في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد عدم ذلك بوصول
العوض اليه اضيف اليها اي الى الهبة بان قال خذه عوض هبتك
او بدلا عنها او بمقابلتها او مكانها فقبض لم يرجع فلو وهب
وعوض ولم يضف رجع كل بهبته مطلقا اي سواء كان العوض
من الموهوب له او الاجنبي بامر الموهوب له او لا لان العوض سلم له
فلم يبق حق الرجوع وكذا ليس للاجنبي المعوض الرجوع في عوضه

لانه متبرع عن الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عليه وذلك جائز ولا
يرجع المعوض على الموهوب له اذا كان بغير امره لانه متبرع وكذا اذا
امره الا اذا قال عوض عني على اني ضامن كذا في الايضاح وذكر
الخامس بقوله وخروجها عن ملكه فان تبدل الملك كتبدل العين
وقد تبدل الملك بتبدل السبب وذكر السادس بقوله والزوجية
فانها نظير القرابة المحرمية في التواصل بدليل جريان التوارث بينهما
بلا حجب وبطلان فكان المقصود الصلة وقد حصل وقت الهبة
حتى لو وهب لامراة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامراته ثم ابانها
فليس له ان يرجع لعدم العلاقة بينهما في الاول وقت الهبة ووجودها
في الثاني وقتها وذكر السابع بقوله وهلاك الموهوب فانه اذا هلك
تعذر الرجوع فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف كذا في
الكافي وضابطها اي ضابط الموانع حروف دمع خزقه ماخوذ
مما قيل موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه
فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء
الخروج عن الملك والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء الهلاك
والخزق الطعن والخازق السنان فكانه شبه المانع بالسنان
وهب لاخيه واجنبي عبدا فقبضاه اي الاخ والاجنبي العبد له اي
للواهب الرجوع في نصيب الاجنبي لان الهبة صحيحة في حقه لكون
العبد مما لا يقسم ولا مانع من الرجوع بخلاف الاخ فان القرابة
فيه مانعة عنه وهب رجل عبدا وقبضه الرجل فوهبه اي الرجل العبد
لآخر ثم رجع الثاني او رد عليه فللاول الرجوع فيه لان الموهوب لما
عاد الى الثاني بالرجوع له بسبب جديد كان للاول الرجوع فيه ولو
تصدق به الثالث على الثاني ان كان فقيرا او باعه منه ان كان غنيا

لم يرجع الا وان كان هذا ملكا جديدا لعوده اليه بسبب جديد وحق الرجوع
لم يكن ثابتا في هذا الملك فلا يرجع كذا في المحيط يرجع في استحقاق نصفها
اي نصف الهبة والمراد الموهوب بنصف عوضها لانه لم يدفع اليه
الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره
من المعاوضات لا في استحقاق نصفه يعني اذا استحق نصف
العوض لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقي من العوض لانه يصلح عوضا
عن الكل ابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فيكون
مخيرا لان حقه في الرجوع لم يسقط الا ليسلم له كل العوض ولم
يسلم فان شاء رد ما بقي ورجع في الكل فان شاء امسك ما
بقي ولا يرجع بشيء بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانه
يتم بيعا فيتوزع البدل على المبدل فاذا استحق بعضه يرجع
بما يقابله من العوض كذا في الكافي ولو عوض نصفها رجع بما
لم يعوض لان التعويض مانع فاذا وجد في النصف يمنع بقدره
ولو باع نصفها او لم يبع رجع في النصف لان له الرجوع في الكل ففي
البعض اولى ولهذا يمنع بيع النصف وشرط اي الرجوع انما يصح بحيث
يؤخذ الموهوب من يد الموهوب له برضى من الطرفين او حكم قاض
لان الرجوع في الهبة مختلف فيه فمنهم من رأى ومنهم من ابى وفي اصله
وهاء لان الواهب طالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وفي حصول
المقصود وعدم خفاء اذ من الجائز ان يكون مراده الثواب و
التواد فعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز ان يكون
مراده العوض فعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء
فصح اعتاق الموهوب اي اعتاق الموهوب له العبد الموهوب
بعد الرجوع متعلق بالاعتاق قبل القضاء لانه لا يخرج عن ملك

الموهوب له الا بالقضاء فصح اعتاقه قبله ولم يضمن اي الموهوب له
بهلاكه اي الموهوب بعد الرجوع وقبل القضاء بعد المنع على الواهب
لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لم يضمن لان اصل
قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام عليه والدوام
اليه معتبرة باصله ولكن ضمن به اي بهلاكه بعد القضاء والمنع
اي منعه بعد القضاء وطلب الواهب فان الموهوب له يكون
امانة عند الموهوب له والمنع بعد الطلب يوجب الضمان في الامانة
ومع احدهما عطف على قوله بتراض او حكم قاض فسخ لعقد الهبة
من الاصل واعادة للملك القديم لا هبة للواهب فلم يشترط قبضه
اي قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود الملك
القديم وصح اي الرجوع في المشاع القابل للقسمة كنصف دار
وهبت ولو كان هبة لما صح فيه تلف الموهوب في يد الموهوب له
فاستحق فضمن لم يرجع على الواهب لانها عقد تبرع فلا يستحق
فيه السلامة قضي ببطلان الرجوع لمانع ثم زال اي المانع عاد
الرجوع بيانه اذا بنى في الدار الموهوبة وابطل القاضي رجوع
الواهب بسبب البناء فهدم الموهوب له البناء وعادت الدار
كما كانت فله ان يرجع فيها بخلاف ما لو اشترى عبدا بالخيار ثلثة
ايام فحم العبد في مدة الخيار وخاصم المشتري البائع في الرد وابطل
القاضي حقه في الرد بسبب الحمى في مدة الخيار ليس له ان يرده كذا في
المحيط والهبة ابتداء بشرط العوض هذا اذا ذكره بكلمة على
بان يقول وهبت هذا العبد لك على ان تعوضني هذا الثوب
واما اذا ذكره بحرف الباء بان يقول وهبت لك هذا الثوب بعبدك
هذا او بالف درهم وقبله الاخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع

أي الرجوع بتراض او حكم

بيانه اي لو كان هبة كما قال
بعد قوله
زغري زاده

كذا في شرح الهداية وغيرها فشرط قبضهما اي العاقدين للعوضين لكون
كل منهما هبة وبطلت بالشيوع كما هو حكم الهبة ولم تجز هبة الاب
مال الطفل بشرط كما لم تجز هبته به وبيع انتهاء فترد بالعيب
وخيار الرؤية وتستحق الشفعة كما هو حكم البيع هذا عندنا وعند
زفر والشافعي بيع ابتداء وانتهاء لان العبرة للمعاني ولنا انه
اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فان قلت
الهبة تمليك عين بلا عوض والبيع تمليك عين بعوض فكيف
يجمع بينهما وايضا التمليك لا يجري فيه الشرط وعلى تقييد الشرطية قلت
قد عرفت ان معنى كونها تمليكا بلا عوض كونها تمليكا بلا شرط
عوض لا بشرط عدم العوض فلا ينافي كونها بيعا وعرفت
ايضا ان الشرط المنافي للتمليك شرط فيه معنى الربوا والقمار لا
مطلق الشرط حتى لو قال بعت هذا منك على ان يكون ملكا لك
صح البيع فيكون ما نحن فيه شرطا ابتداء نظرا الى العبارة حتى
لا يصير كالبيع لازما قبل القبض وشرطا بمعنى العوض نظرا الى
ما يؤول اليه حتى يوفر عليه احكام البيع حالة البقاء ووهبه ثوبا
فقصره الموهوب له لا يرجع فرق بين هذا وبين الغسل بان
في القصارة زيادة متصلة دون الغسل كذا عبدا كافرا فاسلم
في يد الموهوب وجارية علمها الموهوب القرآن او الكتابة او
نحوها حيث لا يرجع الواهب في هذه الصور لانه بالاسلام
وتعليم القرآن ونحوها ازداد الموهوب فبطل الرجوع وكذا لو وهب
ببغداد فحمله الموهوب له الى بلخ حيث يبطل حق الرجوع لزيادة
متصلة في قيمة الموهوب تصدق على غني اي قال لغني تصدقت
عليك بهذا الدراهم او وهب لفقير اي قال له وهبتك هذه الدراهم

كلمة صح

[illegible]

و 29 الدفعة ... القرآن والكلام والكتابة ... فلو ... وهو خلاف ... [illegible]

اعتبارا للفظ في المسئلة الاولى وللمعنى في الثانية كذا في الكافي
فصل ووهبها الا حملها او على ان يردها عليه ويعتقها او
يستولدها او وهب دارا او تصدق بها على ان يرده عليه شيئا منها
او يعوضه في الهبة والصدقة شيئا منها صحت اي الهبة لانها
لا تبطل بالشروط الفاسدة كما مر والنبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل
الشرط كما سياتي وبطل الاستثناء اي استثناء الحمل لانه انما يعمل في
المحل الذي يعمل فيه العقد وقد عرفت ان هبة الحمل لا يجوز فلا يجوز
استثناؤه ايضا وبطل الشرط لمخالفته مقتضى العقد وهو ثبوت الملك
مطلقا فاذا اعتبر الشروط المذكورة تقيدت بها وهو ينافي الاطلاق
واعترض الزيلعي على قولهم او يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة
بشرط العوض فهي والشرط جائزان بالاتفاق فلا يستقيم قوله بطل
الشرط وان اراد به ان يعوضه شيئا عن العين الموهوبة فهو تكرار
محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها اقول نختار
الشق الاول وقوله فهي والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض
معلوما كما عرف من المباحث السابقة وصرح به شراح الهداية و
كذا الحال في الصدقة اعتق حملها ووهبها صحت اي الهبة في
الام لان الجنين لم يبق على ملكه فلم يكن الموهوب مشغولا بملك
الواهب بخلاف المدبر يعني دبر حملها ووهبها لم يصح الهبة
لان الحمل بقي على ملكه لا يجوز تعليق الابراء عن الدين بشرط
الا بكائن اي بشرط كائن فلو قال لمديونه اذا جاء غد فانت
بري منه اي عن الدين بطل اي لا براء لانه تعليق بشرط محض
ولو قال ان كان لي عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح الابراء
لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا اجاز العمرى لا الرقبى العمرى

عنه شيئا صح

العمرى ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك و
يبطل الشرط والرقبى ان يقول ان مت قبلك فهى لك فيكون تمليكا
مضافا الى الزمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كانه ينتظر موته
فلا يصح التمليك فى الحال وقال الامام ابو يوسف رحمه الله يصح الرقبى
ايضا بناء على انه تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موته لغو
التزاما لفظيا

كتاب الاجارة

لما فرغ
عن مباحث تمليك العين بلا عوض شرع فى مباحث تمليك المنفعة
بعوض فقال هى لغة فعالة من اجر يأجر من باب طلب وضرب اسم للاجرة وهى ما يعطى
من كرى الاجير وشرعا عقد تمليك نفع بعوض وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم
بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله
الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلى وان كان تعريفا للاعم لم يكن
تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا والاخصر ههنا تعريف للاعم
كما ان تعريف البيع كان كذلك عينا او دينا او نفعا الاولان ظاهران
واما الثالث فبيانه انه صحيح فتنعقد باعرتك هذه الدار شهرا بكذا او وهبتك
منافعها بكذا لان الاجارة تنعقد بلفظ العارية حتى لو قال لغيره اعرتك
هذه الدار شهرا بكذا وقبل المخاطب كانت اجارة صحيحة اما العارية فلا تنعقد
بلفظ الاجارة حتى لو قال اجرتك هذه الدار بلا عوض كانت اجارة فاسدة
لا اعارة ولو قال له وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا يجوز ويكون اجارة
كذا فى الفتاوى الصغرى واختلف فى انعقادها بلفظ البيع وذكر شيخ
الاسلام ان فيه اختلاف المشايخ وقال اذا قال الحر لغيره بعت نفسى
منك شهرا للعمل كذا فهو اجارة وعن الكرخى ان الاجارة لا تنعقد بلفظ
البيع ثم رجع وقال تنعقد كذا فى الخلاصة ويعلم النفع ببيان المدة
طالت او قصرت كالسكنى والزراعة مدة كذا اى لسكنى او زراعة مدة

كذا او ببيان العمل كالصباغة والصياغة والخياطة ونحوها او بالاشارة عطف على
بيان يعلم النفع ايضا بالاشارة كنقل هذا الى ثمة فان النفع ليس بمشار اليه
لكن يعلم من الاشارة انه الفعل المخصوص ولا يلزم الاجر بالعقد اى لا يملك
بنفس العقد ولا يجب تسليمه عينا كان او دينا لان العقد معاوضة
احد العوضين منفعة تحدث شيئا فشيئا والاجمال ومقتضى المعاوضة
المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل بل
بتعجيله بان يعطيه قبل حلول الاجل فانه يكون هو الواجب بالعقد
حتى لا يكون له حق الاسترداد او شرطه اى شرط تعجيله حال العقد فانه
يجب والاستيفاء اى استيفاء المنفعة المعقود عليها
فان الاجر يجب ايضا او تمكنه منه اى من الاستيفاء وفرع على هذا بقوله
فيجب اى الاجر لدار قبضت ولم تسكن لوجود التمكن من الاستيفاء
وبقوله ويسقط اى الاجر بالغصب اذا غصبها غاصب من يده
للموجر طلب الاجر للدار والارض لكل يوم وللدابة لكل مرحلة والقياس
ان يطلب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة كما عرفت لكنه يفضى الى
الحرج اذ لا يعلم حصته الا بمشقة فرجع الى ما ذكر وللخياط ونحوه يعنى للموجر
الاجر فى هذه الصنائع اذا فرغ من العمل لا لكل يوم وان عمل فى بيت
المستاجر حتى اذا عمل فى بيت المستاجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا
من الاجر على ما فى الهداية والتجريد وذكر فى المبسوطين والفوايد الظهيرية
والذخيرة وشروح الجامع الصغير انه اذا خاط البعض فى بيت المستاجر
يجب الاجر بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق
الاجر بحسابه وللخباز فيه اى للخباز طلب الاجر للخبز فى بيت المستاجر
بعد اخراجه من التنور فان احترق بعده فله الاجر ولا غرم لما بيانى ان الاجر
والضمان لا يجتمعان وقبله لا اجر ويغرم قال فى الوقاية فان احترق بعد

بالخروج فلا اجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة اي في الاحتراق
قبل الاخراج وبعد الاخراج اقول فيه بحث اما اولا فلانه مخالف لما في
شروح الهداية ان ما في قبل الاخراج غير صحيح قال في غاية البيان انما قيد بعدم
الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل
الاخراج فعليه الضمان في قول اصحابنا جميعا واما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة
المقررة الآتي ذكرها من ان الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله فان قيل وضع
المسئلة فيما اذا خبز في بيت المستاجر وذلك يمنع ان يخبز لغيره فيكون
اجيرا خاصا وسيجيء ان ما تلف بعمله لا يضمن قلنا قد صرح الشراح
بانه اجير مشترك حيث قالوا اجير الواحد من وقع العقد في حقه في المدة
بالتخصيص كما سيأتي كمن استاجر شهرا للخدمة على ان لا يخدم غيره وما نحن فيه
مستاجر على العمل بلا بيان المدة ولا مدخل للفعل في بيته فكان
اجيرا مشتركا ولهذا غيرت العبارة الى ما ترى ومنشأ هذه الهفوة
ان صاحب الهداية قال فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا
اجرة له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه
صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية فجعل
صاحب الوقاية قوله ولا ضمان عليه متعلقا بما قبل الاخراج ايضا
فلزم ما لزم والحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب من لعمله اثر في
العين كالصباغ والقصار بقصر بالنشا ونحوه قيد به ليكون لعمله
اثر واحترز به عن غاسل الثوب كما سيأتي يحبس العين للاجر لان المعقود
عليه وصف في المحل فكان حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع فلا
غرم ان ضاع العين بعده لانه امانة في يده ولا اجر لان المعقود عليه
هلك قبل القبض ومن لا اثر لعمله كالحمال والملاح وغاسل الثوب
بغير ما ذكر لا يحبس اي للاجر ذكر في النهاية ان القصار اذا لم يكن

لعمله

لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان
البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان لاحقا بالاستتار
فصار كانه احدثه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان
بخلاف راد الآبق حيث يكون له حق حبسه وان لم يكن لعمله اثر في
العين فانه كان على شرف الهلاك فكانه احياه وباعه منه بالجعل
ان شرط عمله لا يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا
يقوم غيره مقامه بخلاف السلم فان المعقود عليه هناك العين
لا العمل فجاز ان يعمل غيره والا اي وان لم يشترط عمله جاز استعمال غيره
لان الواجب عليه احداث المعقود عليه ويمكن الايفاء بنفسه و
بالاستعانة بغيره استاجر رجلا ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء
بمن بقي فله الاجر بحسابه لو كان عياله معلومين لانه اوفى بعض
المعقود عليه فيستحق العوض بقدره والا اي وان لم يكن عياله معلومين
فكله اي كل الاجر واستاجر رجلا ليوصل قطا او زادا الى زيد ان رده
اي القط او الزاد لموته او غيبته ذكره في النهاية ولا شيء له اي للاجير
لان المعقود عليه في الكتاب نقله لانه المقصود او وسيلة اليه وهو
العلم بما في الكتاب لكن الحكم تعلق به وقد نقضه بالعود فيسقط
الاجر ويصير كالخياط اذا خاط الثوب ثم نقضه فانه لا اجر له وكذا الزاد
فانه بالعود نقض تسليم المعقود عليه فان دفع القط اليه او ورثته
في صورة الموت او من يسلم اليه اذا حضر في صورة الغيبة وجب الاجر بالذهاب
بالاجماع وهو نصف الاجر المسمى لانه اتى بالقطع في وسعه وان وجده
لم يوصله اليه لم يجب شيء لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال صح
استيجار دار او دكان بلا ذكر ما يعمل فيه لان العمل المتعارف فيهما
السكنى فينصرف اليه ولانه لا يتفاوت فيصح العقد وله كل عمل

للاطلاق لسوى موضع البناء كالقصارة لان فيه ضررا ظاهرا فيفسد
العقد بما وراءها دلالة او ارض عطف على دار اى صح استيجار ارض
لبناء او غرس لانه منفعة معلومة يقصد بعقد الاجارة عادة
فاذا مضى المدة قلعه اى البناء ونحوه وسلم الارض فارغة الا ان
يضمن الموجر قيمته اى قيمة البناء ونحوه مستحق القلع فاذا ضمنت يملكه
بلا رضى المستاجر ان نقص القلع الارض والا فبرضاه او برضى اى الموجر
بتركه فيكون البناء والغرس لصاحبهما والارض لصاحبها ولم زرع
اذا انقضت مدته لا يجبر على قلعه بل يترك باجر المثل الى ان يدرك
لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين والرطبة كالشجر لان
لها بقاء في الارض ليست كالزرع وقد علم حكم الشجر او دابة عطف
على ارض اى صح استيجار دابة للركوب والحمل بفتح الحاء او استيجار ثوب
للبس بلا بيان الراكب والحمل بكسر الحاء واللابس قال في الكنز والدابة للركوب
والحمل والثوب للبس عطفا على الدور في قوله صح اجارة الدور فهم منه
ان اجارة الدابة وما عطف عليه جائزة مطلقا وقد قال في الكافي فان
لم يبين ما يركبها او ما يحمل عليها او من يلبس فالاجارة فاسدة وهذا فكذا
ان تعين الراكب فان عمم بان قال على ان تركب او يلبس من شاء او يحمل ما شاء
اركب في البحر من شاء واحمل ما شاء لوجوده الاذن من الموجر ولكن اذا
ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا في الاصل
فصار كانه نص على ركوبه ابتداء كذا في الكافي فان خصص راكبا ولابسا
فخالف ضمن لانه تعدى كذا كل ما يختلف بالمستعمل كالفسطاط
حتى لو استاجره فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن فيه
ضمن عند ابي يوسف لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب
اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار كالدار وفيما لا يختلف

اى

اى المستعمل بطل التقييد لانه غير مفيد فان سمى في الحمل نوعا وقدرا ككر
بر له اى للمستاجر حمل مثله في الضرر او ان تساويا وزنا والاخف كالسمسم
والشعير لا الاضر كالحديد والملح حتى اذا استاجرها ليحمل عليها قطنا
سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر
بالدابة لان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على
ظهرها وضمن بارداف بطل ان ذكر ركوبه اى ركوب نفسه نصف قيمتها
بلا اعتبار الثقل بين المردف والرديف فان الخفيف الجاهل بالفروسية
قد يكون اضر من الثقيل العالم بها ذكر الارداف لانه لو ركبها وحمل
على عاتقه غيره ضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما لان
ثقل الراكب مع الذي حمل يجتمعان في مكان فيكون اشق على الدابة اما
اذا كانت لا تطيق فيجب عليه جميع الضمان في الاحوال كلها وقيد بقوله
رجلا لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان
صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا في الكافي والكفاية وضمن بالزيادة
على حمل معلوم ما زاد ان اطاقت الحمل اى ضمن قدر ما زاد على قدر الحمل
المعلوم في الثقل لانها هلكت بما ذون فيه وغير ماذون فيه و
السبب الثقل فانقسم عليهما والا اى وان لم تطق حمل مثله فيضمن
كل قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا كاهلاكها اى بضربها
وكبحها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري فانه يضمن بهما
لان الاذن مقيد بشرط السلامة لتحقق السوق بدونه وجوازه
بها اى الدابة عما اى عن مكان استوجرت اليه ولو وصلة ذاهبا
وجائيا اى للذهاب والمجيء وردها اليه عطف على جوازه يعني
اذا استاجرها الى موضع فجاوزها الى موضع آخر ثم ردها الى
الاول ثم نفقت فهو ضامن قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجر

اذا ملكت

ذاهبًا لا جائيًا ينتهي العقد بالوصول الى القرية فلا يصير بالعود مردودًا الى
يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبًا وجائيًا يكون بمنزلة المودع اذا خالف
في الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجري على اطلاقه والفرق
ان المودع مأمور بالحفظ مقصودًا فبقي الامر بالحفظ بعد العود
الى الوفاق فيحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ
مأمورًا به تبعًا للاستعمال لا مقصودًا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق
هو نائبًا فلا يبرأ بالعود قال في الهداية هذا اصح وقال في الكافي الاول
اصح ونزع اي ضمن بنزع سرج حمار مكترى وايكافه يعني اذا اكترى حمارًا
مسرجًا ونزع سرجه واوكفه يضمن مطلقًا اي سواء كان الايكاف
مما يوكف مثل هذا الحمار بمثله او لا اما الثاني فظ واما الاول فلان الايكاف
ليس من جنس السرج لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة اذا
عطبت كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة واسرج بما لا يسرج
اي الحمار بمثله حيث يضمن كل قيمته لانه يعد اتلافًا للدابة
كما لو بدل الحنطة بالحديد وسلوك اي يضمن الحمال قيمة متاع
حمله ان سلك طريقًا غير ما عينه المستأجر لكن الناس يسلكونه
ايضًا وقد تفاوتا اي الطريقان بالطول والقصر والصعوبة و
السهولة حتى ان لم يتفاوتا فلا ضمان عليه ان هلك اذ لا فائدة
في تعيينه او سلوك ما لا يسلكه الناس اي يضمن ايضًا اذا هلك
بسلوك طريق لا يسلكه الناس لصحة التقييد وحصول المخالفة
وحمله في البحر يعني اذا حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن اذا تلف
لان البحر متلف حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في البر لا البحر
وله اي للحمال الاجر في الصورة المذكورة ان بلغ المنزل سالمًا لحصول
المقصود واستأجر ارضًا لزرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت

لان

لان الرطبة اعظم ضررًا من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى
سقيها فكان خلافًا الى شر فيضمن ما نقصت بلا اجر لانه صار غاصبًا
حيث استعمل الارض بجنس آخر غير ما امر به ودفع ثوبًا الى خياط ليخيط
قميصه بدرهم فخاط قباء خير الدافع ان شاء ضمنه قيمة ثوبه واخذ
القباء او اخذه باجر مثله ولم يزد على المسمى قيل معناه القرطق الذي هو ذو
طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو يجري على اطلاقه لانهما
يتقاربان في المنفعة لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص
ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لقصور
جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة
دفع غلامه الى حائك مدة معلومة ليعلم النسج على ان يعطي
الاستاذ المولى كل شهر كذا جاز ولم يشترط على احد اجر فبعد تعلمه
طلب الاستاذ من المولى اجرًا وهو منه اي المولى من الاستاذ ينظر
الى عرف البلدة في ذلك العمل فان كان العرف يشهد للاستاذ يحكم باجر مثل
تعليم ذلك العمل وان كان يشهد للمولى فباجر مثل الغلام على الاستاذ
وكذا لو دفع ابنه ذكره قاضي خان

باب الاجارة الفاسدة

تفسد بامور ذكر الاول بقوله بالشرط المفسد للبيع لان المنافع يكون
لها قيمة بالعقد وتصير به اموالًا فيعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون
غيرها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها وذكر الثاني بقوله
والشيوع بان يوجر نصيبًا من داره او نصيبه من دار مشتركة من
غير شريكه وانما فسد لان المقصود منها الانتفاع وهو اي الشيوع
لا يمكن للمشاع ولا يتصور تسليمه فلا يجوز بخلاف البيع لان
المقصود به الملك وهو ممكن في المشاع فيجوز الاصلي احتر
ز به عن الشيوع الطاري فانه لا يفسد الاجارة في ظاهر الرواية كما

اذا آجر كل الدراهم الدار ثم فسخا في النصف او آجر رجلان دارهما
لواحد فمات احدهما او بالعكس اي من شريكه فان كل المنفعة تحدث
على ملكه فالبعض بحكم الملك الحقيقي والبعض بحكم الاجارة فلا
يظهر معنى الشيوع وانما يظهر الاختلاف في حق السبب ولا عبرة
لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم فاذا لم يظهر الشيوع صح العقد
على انه لا يصح في رواية عن ابي حنيفة كذا في الكافي وذكر الثالث
بقوله وجهالة المسمى بان جعل الاجرة ثوبا او دابة بلا تعيين
وذكر الرابع بقوله وجهالة المسمى عدم التسمية بان قال آجرتك
داري شهرا او سنة ولم يقل بكذا وتفسد ايضا اذا استاجر حانوتا
او دارا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستاجر ويكون على المستاجر
اجر المثل بالغا ما بلغ لانه لما شرط المرمة على المستاجر وصارت المرمة
من الاجر فيصير الاجر مجهولا كذا ذكره قاضي خان وانما لم يذكره ههنا لدخوله
تحت قوله وجهالة المسمى فان فسدت بهما اي بهذين الاخيرين
وجب اجر المثل بالاستيفاء المنفعة اذ قبل الاستيفاء لا يستحق الاجر
بالغا ما بلغ والا اي وان لم يفسد بهما بل بالشرط او الشيوع لم
يزد اي اجر المثل على المسمى اي اذا كان اجر المثل زائدا على المسمى لا يجب
الزيادة لانهما رضيا باسقاط حقهما حيث سميا الاقل وينقص عنه
اي ان كان اجر المثل ناقصا عن المسمى لا يجب قدر المسمى لفساد
التسمية وانما لزم اجر المثل في الفساد بهما بالغا ما بلغ ولم يزد على
المسمى في الفساد بغيرهما لان المنافع لا قيمة لها في انفسها عندنا
وانما يتقوم بالعقد او شبهه فاذا لم يتقوم في انفسها وجب
الرجوع الى ما قومت به في العقد وسقط ما زاد عليه لرضاهما باسقاطه
واذا جهل المسمى وعدم التسمية انتفى المرجع ووجب الموجب الاصلي

وهو وجوب القيمة بالغة ما بلغت هكذا ينبغي ان يقرر هذا الكلام فان
عبارات القوم مضطربة في هذا المقام فان آجر دارا فيه هذا تفريع على قوله
وجهالة المسمى بعبد اي عبد مجهول فسكن مدة كستة اشهر مثلا
ولم يدفعه اي العبد فعليه للمدة اجر المثل بالغا ما بلغ وتفسخ في
الباقي من المدة آجر دارا كل شهر بكذا صح في واحد فقط وفسد في
الباقي اذ لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على
ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها من البعض فتعين الادنى
واذا تم الشهر الاول فلكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد
الصحيح وفي كل شهر سكن في اوله فانه اذا سكن ساعة من الشهر الثاني
صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الا بعذر وكذا كل
شهر سكن في اوله لان التراضي منهما بالعقد تم بالسكنى في الشهر الثاني
وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتاخرين وفي ظاهر الرواية لكل
منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك راس
الشهر وفي اعتبار الاول نوع حرج الا ان يسمي الكل بان يقول
آجرتها ستة اشهر كل شهر بكذا متعلق بالمسئلتين معا يعني اذا بين
جملة الشهور وعين حصة كل منها جاز العقد لان المدة صارت
معلومة فارتفع المانع من الجواز آجرها سنة بكذا صح وان لم يسم
اجر كل شهر لان المدة معلومة الا يرى ان اجارة شهر واحد يصح وان
لم يسم قسط كل يوم واول المدة ما سمي بان يقول من شهر رجب
من هذه السنة والا اي وان لم يسم شيئا فوقت العقد لان
الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب
السبب كما في الآجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف لا يكلم فلانا حيث اعتبر
فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم فان كانا اي العقد حين يهل الهلال اعتبر

الاهلة اى شهور السنة كلها بالاهلة لان الاهلة اصل في الشهور قال تعالى
قل هي مواقيت للناس والا فالايام لان الاصل اذا تعذر يصار الى البدل
استأجر عبدا باجر معلوم وبطعامه لم تجز لجهالة بعضه لا خراجه فجاز اجارة
الحمام فجاز اخذ اجرته لما روي انه عم دخل الحمام في الجحفة وللتعارف الناس
والحجام لما روي انه عم احتجم واعطى اجرته والظئر باجر معين والقياس
ان لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستيجار البقرة
او الشاة ليشرب لبنها والبستان لياكل ثمرها وجه الاستحسان قوله تعالى
فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع وقد جرى
به التعامل في الاعصار بلا نكير ولا نسلم ان العقد ورد على استهلاك
بل على المنفعة وهي حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته
واللبن تابع وانما لا تستحق الاجرة اذا ارضعت بلبن الشاة لانها
لم تأت بالعمل الواجب عليها لانه ايجار وليس بارضاع وبطعامها وكسوتها
وعندهما لا يجوز للجهالة ولنا ان الجهالة انما تفسد العقد لافضائها
الى المنازعة وهي ليس كذلك لان العادة بين الناس التوسعة على الاظآر
لان منفعة ذلك يرجع الى ولدهم وللزوج وطؤها لا في بيت المستأجر
الا باذنه يعني ليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء
حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه لكن للمستأجر ان يمنعه من وطئها
في منزله لان المنزل ملكه فلا يجوز له ان يدخله بلا اذنه وله اى للزوج
في نكاح ظاهر بين الناس او عليه شهود فسخها اى فسخ اجارة الظئر
لو بغير اذنه سواء كان الزوج ممن يشينه ان يكون امرأته ظئرا او لا لان
هذه الاجارة توجب خللا في حق الزوج وللزوج ان يمنع امرأته عما
يوجب خللا في حقه وفيما اى في نكاح غير ظاهر بل باقرارهما لا اى ليس له
ان يفسخ الاجارة لان العقد لزمها وقولها غير مقبول في حق المستأجر

فلها



والمثال المشهور في المشاكلة
قوله تعالى تعلم ما في نفسي
ولا اعلم ما في نفسك

وجاز للمستأجر فسخها ان مرضت او حبلت لان لبنها يضر بالولد وعليها
غسل الصبي وثيابه واصلاح طعامه ودهنه لان العادة ان الظئر هي
التي تتولى هذه الامور فصار ذلك كالمشروط وثمن شيء منها اى من
الثياب والطعام والدهن وهو اى ثمنه واجره اى اجر على المرضعة وارضاعها
على ابيه فرع على هذا بقوله فان ارضعته بلبن شاة او غذته بطعام ومضت
المدة فلا اجر فان اجر الارضاع لما كان على الاب كان ترك الارضاع حرمانا
عن الاجر فان الارضاع هو شراب الصبي لبنها بادخال حلمة ثديها في فمه
ولذا قال صاحب الهداية فان هذا ايجار وليس بارضاع فقولهم فان ارضعته
يكون من قبيل المشاكلة بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته
حيث تستحق الاجر كذا في الكفاية ولم تصح الاجارة للاذان والامامة
والحج وتعليم القرآن والفقه والغناء والملاهي والنوح وفي المحيط في
كتاب الاستحسان اذا اخذ المال بلا شرط يباح لانه اعطاء مال عن طوع بلا عقد
وعسب التيس وهو ان يؤجر فحلا لينزو على الاناث والمراد اخذ الاجرة عليه والاصل
ان الاجارة لا تجوز عندنا على الطاعات والمعاصي لكن لما وقع الفتور في
الامور الدينية جوزها المتأخرون ولذا قال ويفتي اليوم بصحتها اى
الاجارة لتعليم القرآن والفقه والامامة والاذان ويجبر المستأجر على
دفع الاجر ويحبس به وعلى الحلوة المرسومة واى هدية تهدى الى المعلمين
على رؤس بعض سور القرآن العظيم سميت بها لان العادة اهداء
الحلوى وتقفيز اى الاجارة ان دفع الى اخر غزلا لينسجه بنصفه
او استأجر حمارا ليحمل زاده ببعضه اى بعض الزاد او ثورا ليطحن
بره ببعضه فهذا الاخير يسمى قفيز الطحان وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عنه لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله والاول
في معناه او عن يخبز لنا اليوم بكذا اى استأجر ليخبز له هذه العشرة

ازجلام

الا صوع من الدقيق اليوم بدرهم فسد عند ابي حنيفة لجهالة المعقود عليه
لان ذكر الوقت يقتضي كونه المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق
يقتضي كونه العمل ولا ترجيح لاحدهما على الآخر مع ان نفع في وقوعهما
على العمل لانه يستحق الاجر بمضي المدة عمل او لا ففسد العقد ولو كان
المعقود عليه كليهما اي يعمل هذا العمل مستغرقا لهذا اليوم فهو غير مقدور
عادة وعن ابي حنيفة انه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة
لان في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق وكان المعقود عليه
العمل وهو معلوم او ارضا بشرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
لان اثر هذه الافعال تبقى بعد انقضاء المدة وليست من مقتضيات [العقد]
وفيه نفع لصاحب الارض فيفسد كالبيع بخلاف استيجارها على ان يكريها
او يزرعها او يسقيها ويزرعها لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة
بالعقد وهي لا يتأتى الا بالسقي والكرب فلا تفسد وبلا ذكر ما زرعها [?]
او ما يزرع فيها لم تصح اما الاول فلان الارض تستأجر للزراعة والبناء
والغرس فما لم يبين شيئا منها لم يعلم المعقود عليه الا ان يعمم
الموجر بان يقول على ان يزرع كما شئت فحينئذ يصح لوجود الاذن منه
ولو زرعها بلا ذكر الزراعة او ما يزرع فمضى الاجل عاد اي العقد
صحيحا وله المسمى لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد استاجر حمارا
الى بغداد ولم يسم حمله فحمل معتادا فهلك لم يضمن لان الاجارة
فاسدة والعين امانة ولم يوجد التعدي وان بلغ المكان المعهود
فله المسمى من الاجر استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لانه وقع
فاسدا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فان
نازعا اي العاقدان قبل الزرع في الصورة الاولى او الحمل في الصورة
الثانية فسخت الاجارة يعني فسخها القاضي دفعا للفساد وان

تعدى اي المستأجر على الدابة وضمن او حمل طعاما مشتركا بينه وبين آخر
فاستأجر احدهما الآخر او حمارا لحمل نصيبه الى مكان كذا فحمل الطعام كله فلا اجر له اي
لا المسمى ولا اجر المثل اما في الاول فلما تقرر ان الاجر والضمان لا يجتمعان
واما في الثاني فلان العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فيبطل كالاجارة
لا منفعة له لان المعقود عليه حمل النصف الشائع وحمله غير متصور
لانه فعل حسي لا يتصور في الشائع من حيث انه شائع بخلاف البيع
لانه تصرف شرعي وهو يحتمله كما في الجحود في الطريق يعني المستأجر دابة
ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب اجر ما ركب قبل الانكار ولا
يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا و
الاجر والضمان لا يجتمعان وعند محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال
فسقط الضمان كذا في الكافي وزاد في شرح المجمع للمص بعد قوله
الضمان قوله وعقد الاجارة قائم لان الاجارة لا تنفسخ بالجحود
فوجب الاجر المسمى على المستأجر ولا تنازعه بذلك اجارة النفع بالنفع يجوز
اذا اختلفا واذا اتحدا لا يعني اذا آجر دارا ليسكنها بسكنى دار اخرى
او دابة ليركبها بركوب دابة اخرى او ثوبا ليلبسه بلبس ثوب آخر
لم يجز عندنا لان المعقود عليه يحدث من المنفعة وذا غير موجود
في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئة والجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء في الجنس
المختلف ليس بحرام كذا في الكافي اقول يرد على ظاهره ان قوله
لان النساء في الجنس المختلف ليس بحرام مخالف لما قال في باب الربوا
ان وجد القدر والجنس حرم الفضل والنساء لوجود العلة وان وجد
احدهما وعدم الآخر حل الفضل وحرم النساء فان البر والشعير جنسان
مختلفان وقد حرم النساء فيه ودفعه ان مراده بالجنس المختلف

مالا يكون فيه قدر كبيع حفنة بر بحفنتي شعير حيث جاز فيه النسيئة
لا خلاف في الجنس وانتفاء القدر كما مر في بابه وههنا كذلك فان جنس النفع
اذا اختلف وليس النفع من المقدورات الشرعية لم يحرم النساء لانتفاء جزئي
العلة فيكون هذا خلافا في قولهم وان عدما حل الفضل والنساء
هذا وقد علل في المحيط عدم الجواز اذا اتحد الجنس بان المنافع معدومة
في الطرفين فكانت نساء لا عينا والنبي عليه السلام نهى عن بيع الكالي
بالكالي الا انه خص عنه خلاف الجنس بالاجماع والله تعالى اعلم

باب ضمان الاجير

الاجير نوعان
احدهما الاجير المشترك وثانيهما الاجير الخاص وسيأتي بيانه الاول
من يعمل لا لواحد كالخياط ونحوه او يعمل له اي لواحد عملا غير
موقت فانه اذا استأجر رجلا وحده للخياطة او الخبز في بيته غير
مقيد بيوم او بيومين كان اجيرا مشتركا وان لم يعمل لغيره او موقتا
بلا تخصيص يعني اذا استأجر رجلا لرعي غنمه شهرا بدرهم فهو اجير مشترك
الا ان يقول ولا ترعى غنم غيري فحينئذ يصير اجير واحد وسيأتي تحقيقه وانما يستحق
اي لا يستحق الاجير المشترك الاجر الا بعمله كالصباغ ونحوه لان الاجارة
عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود
عليه للمستأجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض وهو الاجر ولا
يضمن ما هلك في يده سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة
او بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة لان العين امانة عنده
لانه قبضه باذن المالك لمنفعته وهي اقامة العمل فيه فلا يكون
مضمونا عليه كالمودع واجير الواحد وان وصلية شرط عليه الضمان
لانه قبضه باذن المالك لمنفعته شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع
لاحد العاقدين اما فيما لا يمكن التحرز عنه فبالاجماع واما فيما

يمكن

يمكن فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده
تفسد لما ذكر وافتى المتأخرون بالصلح على النصف لاختلاف الصحابة فيه
كذا في العمادية بل يضمن ما هلك بعمله كالخرق اي خرق الثوب الحاصل
من الدق اي دق القصار وزلق الحمال فان التلف الحاصل من زلقه
حصل من ترك التثبت في المشي وانقطاع حبل يشد به الحمل فان التلف
الحاصل به من ترك التوثيق في شد الحمل وغرق السفينة من مدها
الا آدميا غرق اي لا يضمن آدميا غرق في مد السفينة او سقط
من دابته وان كان يسوقها او يقودها لان ضمان الآدمي لا يجب بالعقد
بل بالجناية وما يجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود
وليس بجناية لكونه مأذونا فيه وهلك من حجامة او فصد لم يجز
المعتاد وكذا دابة اي لا يضمن دابة البزاغ هلكت من فصده ونحوه
لم يجز اي لم يجز المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه
والواجب لا يجامع الضمان كما اذا حد القاضي او عزر فمات المضروب
به الا ان يمكن التحرز عنه كدق الثوب ونحوه اذ بقوة الثوب ورقته
يعلم ما يحتمله الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسلامة بخلاف
الفصد ونحوه فانه مبني على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك
بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسلامة فسقط
اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم يهلك واذا هلك
يضمن نصف دية النفس لانه هلك بما اذن فيه وغير ما اذن فيه فيضمن
بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع
تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه
دية كاملة وان مات تجب عليه نصف الدية وهي من الغرائب حيث
يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك كذا ذكره الزيلعي وان انكسر في

هذا صح

من الغرائب

الطريق ضمن الحمار قيمته في مكان حمله بلا اجر او مكان كسره بحصته اجره
اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم و
المفسد غير داخل واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد
تبين انه وقع تعديًا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو
ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديًا وانما صار تعديًا عند
الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديًا ضمن قيمته
في الابتداء ولا يجب الاجر اذا تبين انه كان متعديًا من الابتداء وان مال
الى كونه مأذونًا فيه في الابتداء ~~لا يجب الاجر اذا تبين انه كان~~ وانما صار
متعديًا عند الكسر ضمن قيمته عند الكسر واعطاه اجرته بحسابه والثاني
النوع من الاجير الخاص ويسمى اجير وحد ايضا وهو من يعمل لواحد
عملا موقتا بالتخصيص وفوائد القيود عرفت مما سبق ويستحق
الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل كاجير شخص لخدمته او رعي غنمه
وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه صارت مستحقة له والاجر
مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع كالمرض والمطر
ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل لعل الاجير للخدمة او لرعي
الغنم انما يكون اجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لا يخدم غيره ولا
يرعى لغيره او ذكر المدة اولا نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له
غنما مسماة باجر معلوم فانه اجير خاص باول الكلام اقول
سره انه اوقع الكلام على المدة في اوله فيكون منافعه للمستأجر
في تلك المدة فيمتنع ان يكون لغيره فيها ايضا وقوله بعد ذلك ليرعى
الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا
مشتركا لانه من يقع عقده على العمل وان يكون لبيان نوع
العمل الواجب على الاجير الخاص في المدة فان الاجارة على المدة

لا تصح

لا تصح في الاجير الخاص ما لم يبين نوع العمل بان يقول استأجرتك شهرا للخدمة
او للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فبقي اجير وحد ما لم
ينص على خلافه بان يقول على ان ترعى غنم غيري مع غنمي وهذا اذا اوقع
المدة بان استأجره ليرعى غنما مسماة له باجر معلوم شهرا فحينئذ يكون اجيرا
مشتركا باول الكلام لايقاع العقد على العمل في اوله وقوله شهرا في آخر
الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد
ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يتغير اول
كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه ولا يضمن ما هلك في يده او بعمله
اما الاول فلان العين امانة في يده بالاجماع اما عنده فظ واما
عندهما فلان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة
لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير طمعا في كثرة الاجرة
وقد يعجز عن القيام بها فيمكث عنده طويلة فيجب عليه الضمان
اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه لئلا يتساهل في حفظها واجير
الواحد لا يتقبل الاعمال فاخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع
صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار
نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه وفرع عليه
بقوله فلا يضمن ظئر صبي ضاع اي الصبي في يدها او سرق ما عليه
اي على الصبي من الحلي لكونها اجير وحد صحح ترديد الاجر بالترديد في العمل
نحو ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين وزمانه
نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه ومكانه
نحو ان سكنت في هذه فبدرهم او هذه فبدرهمين والعامل نحو
ان تسكن فيه عطارا فبدرهم وان تسكن حدادا فبدرهمين والمسافة
نحو ان تذهب الى الكوفة فبدرهم وان تذهب الى واسط فبدرهمين والحمل

نحو ان يحمل عليها شعيرا قفيز ا او برا قفيزين وكذا اذا خيره بين ثلثة
اشياء ولو بين اربعة لم تجز كما في البيع والجامع الحاجة لكن يجب شرط
خيار التعيين في البيع لا الاجارة لان الاجر انما يجب بالعمل واذا
وجد يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد
فيتحقق الجهالة بحيث لا يرتفع الا باثبات الخيار له ويجب اجر ما وجد
من الامرين المرددفيهما قليلا كان او كثيرا لكن اذا كان اي الترديد
في الزمان نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف
يجب الاول اي فيما اذا وجد العمل في اليوم من اليومين المردد فيهما ما سمي
من الاجرة والثاني اي يجب اذا وجد العمل في اليوم الثاني منهما اجر المثل
غير زائد على المسمى وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر فاسدان
لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان
والواجب احديهما وهي مجهولة كما لو قال خطه اليوم بدرهم او بنصف
درهم ولهما ان كل واحد مقصود فصار كاختلاف النوعين كالرومية
والفارسية وله ان العقد المضاف الى الغد لم يثبت في الاول فلم
يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا في اليوم والمضاف
الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع الى الغد تسميتان درهم ونصف درهم
فيكون الاجر مجهولا وهي تمنع جواز العقد في المستاجر تنورا او كانونا
في الدار المستاجرة واحترق بعض بيوت الجيران او الدار لا ضمان
عليه مطلقا اي سواء بني باذن صاحب الدار او لا لان هذا انتفاع
بظاهر الدار على وجه لا يغير هيئة الباقي الى النقصان الا ان يصنع
ما لا يصنع الناس من ترك الاحتياط في صنعه وايقاد نار لا يوقد
مثلها في التنور والكانون كذا في العمادية مستاجر حمار اخذه
عن الطريق ان علم انه لا يجد بعد الطلب لا يضمن كذا في قاضيخان

٣٩٤

[illegible]

من قطيعه فخاف على الباقي ان يتبعها كذا في الخانية لا يسافر بعبد موجر للخدمة
بلا شرط لان في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق
لا يسترد مستاجر اجر عمل محجور يعني اذا استاجر عبدا محجورا شهرا و
اعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر لان منع الاجارة بعد
الفراغ صحيحة استحسانا لان فساده كان رعاية حق المولى فبعد الفراغ
رعاية حقه في الصحة ووجوب الاجر له لا يضمن اكل غاصب عبد غصبه
فاجر هو اي العبد نفسه يعني رجل غصب عبدا فاجر العبد نفسه وسلم
عن العمل صحت الاجارة لكونه نفعا في حق المولى فان اخذ العبد
الاجر فاخذ الغاصب الاجر منه فاكله لا يضمن عند ابي حنيفة وقالا
يضمن لانه اتلف مال الغير بلا تاويل لان الاجر مال المولى وله انه اتلف
مالا غير متقوم في حق المتلف فلا يضمن كغصاب السرقة بعد القطع
كما اذا اجره الغاصب فانه اذا اجر عبدا غصبه واخذ الاجرة واتلفها لا
يضمن لان الاجر له وصح للعبد قبضها اي الاجرة الحاصلة من
اجارة نفسه اتفاقا لانه نافع محض مامون فيه كقبول الهبة وفائدته
يظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه
وياخذها مولاه قائمة لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم
بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه غير متقوم وملك للمالك
المستاجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة يصح على الترتيب
المذكور لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز
فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ومن حكم الحال ان اختلفا في اباق العبد
ومرضه وجري ماء الرحى يعني ان استاجر عبدا كل شهر بدرهم فقبضه في اول الشهر
ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض او ابق واختلفا فقال المستاجر مرض او
ابق من اول المدة وقال الموجر في آخرها حكم الحال فان كان العبد ابقا

اوم يضاً في الحال يحكم بانه كذلك من اول المدة فلا يجب الاجر وان لم يكن
آبقاً اوم يضاً يحكم بانه كذلك من اول المدة فيجب الاجر وكذا الاختلاف في
جري الماء اي القول لرب الثوب في القميص والقباء والصفرة والحمرة
يعني اذا قال رب الثوب للخياط امرتك ان تخيط ثوبي قباء فخطته قميصاً
او للصباغ امرتك ان تصبغ ثوبي احمر فصبغته اصفر وقال الخياط
والصباغ امرتني هو الذي فعلته فالقول في الصورتين لرب الثوب
مع اليمين لان الاذن مستفاد من قبله فكان القول قوله فيما اذن
فيه فاذا لم يكن لهما بينة فحلف رب الثوب في الصورة الاولى خير ان
شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا اجر له وان شاء اخذه واعطاه اجر
مثله ولا يجاوز به المسمى لانه امتثل امره في اصل ما امر به وهو القطع
والخياطة لكن خالفه في الصفة فيختار ايهما شاء وفي الثانية خير ان
شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذ ثوبه واعطاه اجر مثله
ولا يجاوز به المسمى ايضاً والقول لرب الثوب في الاجر وعدمه
اي صدق رب الثوب عدمه مع يمينه في قوله عملت لي مجاناً لا صانع
قال بل باجر لانه ينكر العقد ووجوب الاجر وتقوم عمله والله اعلم
والحكم

باب فسخ الاجارة

اي للمستأجر
ولاية الفسخ لانها تفسخ لاحتمال الانتفاع بوجه آخر وبهذا
لم يقل تفسخ بخيار الشرط بان استأجر دار السنة على انه كان المؤجر
بالخيار فيها ثلثة ايام وانما تفسخ لانها عقد معاوضة ولا يجب
قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع
وبخيار الرؤية كقوله عمن اشترى شيئاً ولم يره فله الخيار اذا رآه
والاجارة شراء المنافع فيثبت ولظاهر الحديث لفظاً او دلالة
وبخيار عيب حاصل قبل العقد وبعده اما جوازه بعيب حاصل

قبل

قبل العقد فظ واما جوازه بما بعد العقد فلان المعقود عليه هو
المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة
الابتداء فكان العيب حاصلاً قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما
في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثاً بعد قبض
المستأجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض
المعقود عليه وهو المنافع كذا في شروح الهداية يفوت النفع صفة
عيب كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى وماء الارض فان كلا منهما
يفوت النفع فتثبت خيار الفسخ او يخل عطف على يفوت
اي بالنفع يعني ان العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل بحيث
يجوز ان ينتفع به في الجملة كمرض العبد ودبر الدابة فان الاجارة
تفسخ به ايضاً فلو لم يخل اي العيب اي بالنفع او انتفع به
المستأجر بالمخل بالنفع يعني واستوفى المنفعة وقد رضي بالعيب
او ازاله اي الخلل المؤجر سقط خياره لزوال السبب ولذا قالوا
ان العيب اذا لم يخل بالنفع المقصود لم يكن مجوزاً للفسخ نحو ما
اذا كان في الدار حائط لا يحتاج ولا ينتفع بها في سكناها وسقط
ذلك الحائط ليس له ولاية الفسخ لان المعقود عليه المنفعة فاذا
لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار وبعذر عطف على بخيار الشرط
لزوم ضرر لم يستحق بالعقد ان بقي اي العقد كما في سكون وجع
ضرس استأجر حداداً لقلعه فان العقد ان بقي لزم قلع سن قويم
وهو غير مستحق بالعقد وموت عرس او اختلاعها استأجر طباخاً اي
طباخ لطبخ وليمتها فان العقد ان بقي تضرر المستأجر باتلاف ماله في
غير الوليمة ولزوم دين عطف على لزوم ضرر لا يقضى الا بثمن المؤجر
فانه اذا آجر دكاناً او داراً ثم افلس ولزمه دين لا يقدر على قضائه

وهو العذر الجلي

الا بثمن ما آجر وارادة فسخها تفسخ والا لزم ضرر الجبر وسفر عطف على لزوم مستأجر
عبد للخدمة في المصر او مطلقا اي غير مقيد بكونها في المصر وان كان محمولا على
الخدمة في المصر فان منع ما لكه عن السفر فللمستأجر الفسخ لانتفاء العذر
وافلاس مستأجر دكان ليتجر فان الاجارة ان بقيت لزم اداء اجر الدكان
وهو يمتنع بالافلاس لا افلاس خياط يعمل بماله استأجر عبدا ليخيط فترك عمله
قيد بقوله يعمل بماله لان من ليس له مال ويعمل بالاجر فرأس ماله ابرة ومقراض
فلا يتحقق العذر في حقه وبداء مكتري الدابة من سفره فانه عذر لانه
لو مضى على موجب العقد لزم ضرر زائد لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب
وقته وطلب غريم له فحضر او التجارة فافتقر بخلاف متعلق بقوله وخياط
يعمل بماله استأجر عبدا اي مستأجر عبد اي ليخيط ليعمل متعلق
بالترك في الحرف فانه لا يكون عذرا اذ يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في
ناحية وبداء المكاري متعلق بقوله وبداء المكتري فانه ايضا ليس بعذر
اذ يمكنه ان يقعد ويبعث دوابه على تلميذه او اجيره وبيع ما آجره متعلق بقوله
ولزوم دين فانه ايضا ليس بعذر ويدفع بلحوق دين كما مر وتنفسخ الاجارة بلا
حاجة الى الفسخ بموت احدهما اي احد العاقدين لو عقد ما لنفسه لانه لو بقيت
تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانتقالها
الى الوارث وهو لا يجوز ولو عقد ما لغيره لا اي لا تنفسخ كالوكيل والوصي والمتولي
لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا وتنفسخ بموت
احد المستأجرين او المؤجرين في حصته فقط وبقيت في حصة الحي
وقال زفر تبطل فيهما لان الشيوع مانع قلنا الشرط تراعى وجوده
في الابتداء لا البقاء كالشهادة في النكاح مسائل شتى او
حصايد ارض وهي جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود
والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض

استأجرها

استأجرها او استعارها فاحرق ما في ارض غيره لم يضمن لان هذا متسبب وليس
بمباشر فلا يكون متعديا كحافر البئر في ملكه ان لم تضطرب الرياح حال الايقاد
شمس الائمة عدم الضمان اذا كانت الرياح ساكنة ثم تغيرت اما اذا كانت
مضطربة فيضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه فيكون متعديا
وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعها
الريح الى شيء فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخ فعله كذا في النهاية
سقى ارضه سقيا لا تحتمله اي لا تحتمل تلك الارض ذلك السقي فتعدى
اي الماء الى جاره ضمن لانه مباشر لا متسبب اقعد خياطا او نحوه في دكانه
من يطرح العمل عليه بالنصف جاز فان صاحب الدكان قد يكون ذا
جاه وحرمة ولكن لا يكون حاذقا في العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه
العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله
وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه في الحقيقة
فان هذا بوجاهته يقبل وذلك بحذاقته يعمل فينتظم المصلحة ولا يضره
الجهالة فيما يحصل كاستيجار جمل ليحمل عليه محملا وراكبين وحمل محملا
معتادا فانه جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي لان المحمل
متفاوت فيفضي الى النزاع وجه الاستحسان ان الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد
وارائته اجود اي اراءة المحمل للجمال احسن لان المشاهدة انفى للجهالة
استأجره اي جملا ليحمل قدر زاد فاكل منه رد عوضه لانه استحق عليه حمل
مقدرا في جميع الطريق فله ان يستوفيه قال الغاصب لرب الدار فرغها
والا فاجرتها كل شهر بكذا فلم يفرغ وجب المسمى لانه اذا عين الاجرة
والغاصب رضي بها ظاهرا انعقد بينهما عقد اجارة الا اذا انكر الغاصب
ملكه فانه اذا انكر لم يكن راضيا بالاجارة وان وصلية اثبته اي اثبت
صاحب الدار كونها ملكا له او اقر اي الغاصب اي بملكه ولم يرض

بالاجر اي يرجع بعدم رضايه به فيجئ لا يفيد رضايه ظاهرا للمستاجر اي جاز
ان يوجر الاجير من غير موجره ولا يجوز ان يوجر لموجره لان الاجارة تمليك
المنفعة والمستاجر في حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك كذا
في الكافي ويعير ويودع فيما لا يختلف الناس في الانتفاع به لانه لما ملك
منافعه جاز له ان يملكها لكن لا فيما يختلف الناس في الانتفاع بها والا
كان متعديا فاذا استاجر دابة لركبها لا يوجر غيره ولا يعيره لانه مما يختلف
الناس في الانتفاع به وكله لاستيجار دار ففعل وقبض ولم يسلمها اليه
حتى مضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب فابى ليعجل اي الاجر لا اي
لا يرجع على الآمر يعني لو وكل رجلا ليستاجر له دارا معينة فاستاجر
وقبضها ومنعها من الآمر اولا حتى مضت المدة فالاجر على الوكيل
لانه اصيل في الحقوق ورجع الوكيل بالاجر على الآمر لانه في القبض نائب
عن الموكل في حق ملك المنفعة فصار قابضا حكما فان شرط الوكيل
تعجيل الاجر وقبض الدار ومضت ولم يطلبها الآمر منه رجع الوكيل
بالاجر عليه لان الآمر صار قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع ولو طلبها
فابى حتى يعجل له لا يرجع به على الآمر لانه لما حبس الدار من الآمر ولم
حق الحبس خرجت يد الوكيل من ان يكون يد نيابة فلم يصر الموكل
قابضا حكما ولم تتم المنافع حادثة في يد الموكل حكما فلم يجب الاجر على
الموكل كذا في الكافي للقاضي الاجرة على كتب المحاضر قدر ما يجوز
لغيره لان كتبها ليس من افعال القضاء ليحرم المستاجر لا يكون
خصما لمدعي الاجارة والرهن والشراء لان الدعوى لا يكون
الا على مالك العين بخلاف المشتري لانه مالك العين كذا في العمادية

كتاب العارية

لما فرغ من كتاب تمليك
النفع بعوض شرع في كتاب تمليك بلا عوض في الصحاح هي بالتشديد

كأنها

كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب في الهداية هي من العرية
وهي العطية وفي الكافي هي من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل
للغير نوبة في الانتفاع بملكه الى ان يعود اليه هي لغة ما ذكر وشرعا
تمليك نفع بلا عوض وبهذا خرج الاجارة وتصح باعرتك لانه صريح
فيها واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يطعم كالارض
يراد بها اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال ومنحتك ثوبي
هذا وجاريتي هذه اذا لم يرد بالهبة فان المنح لتمليك العين عرفا
وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطي ناقة او شاة
ليشرب لبنها ثم ترد وكثر استعماله في تمليك العين فاذا اريد به الهبة افاد
ملك العين والا بقي على اصل وضعه وحملتك على دابتي هذه اذا لم يرد
بالهبة فان هذا اللفظ يستعمل عرفا في الهبة لما سبق من قولهم حمل
الامير فلانا على الفرس ويراد به التمليك ومعناه لغة وهو الاركاب فهو
مستعمل فيهما فاذا نوى احدهما صحت وان لم يكن له نية فحمل على الادنى
لئلا يلزم الاعلى بالشك اقول بهذا التقرير يندفع ما اعترض به
صاحب الكافي على الهداية بوجهين احدهما انه جعل في كتاب العارية
هذين اللفظين يعني منحتك وحملتك حقيقة لتمليك العين ومجازا
لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في الفاظها وحملتك على هذه الدابة
اذا نوى بالحمل الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون
عارية لكنه يحتمل الهبة وثانيهما انهما اذا كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة
يراد باللفظ بلا نية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل
على الهبة اما اندفاع الاول فلانه اراد بجعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك
العين في العارية جعلهما حقيقة له عرفا فيكونان مجازين لتمليك المنفعة
عرفا ضرورة واراد بجعله الحمل حقيقة للاركاب جعله حقيقة له لغة فيكون

لتمليك العين مجازا لضرورة فلا منافاة واما اندفاع الثاني فلان الحقيقة
انما يراد باللفظ بلا قرينة اذا لم يعارضها المجاز المستعمل فان النية اذا انتفت
كان المعنى العرفي واللغوي المستعمل مستويين في الارادة فيكون عارية وداري لك سكنى
وداري لك عمرى سكنى فان لفظ سكنى محكم في ارادة النفع فيه في الكلام عن افادة الملك
ويرجع المعير متى شاء لان المنافع تملك شيئا فشيئا بحسب حدوثها فما لم يوجد لم
يملك فيصح الرجوع ولا يضمن اذا هلكت بلا تعد لانها امانة ولا تؤجر اي العارية
ولا ترهن لان الاعارة دون الاجارة والرهن والشيء لا يتضمن بما فوقه فان
آجر او رهن المستعير فهلكت العارية ضمنه المعير المستعير لانها اذا لم يتناولها
كان كل منهما غاصبا ولا يرجع اي المستعير على احد اذ ظهر بالضمان انه آجر او رهن
ملك نفسه او ضمن المستأجر ويرجع اي المستأجر على المؤجر دفعا لضرر الغرور عنه ان
لم يعلم انه عارية معه وان علم فلا يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من
الغاصب عالما بالغصب وتعار اي العارية مطلقا اي سواء اختلف
استعمالا اولا ان لم يعين منتفعا لانها لما كانت لتمليك المنافع جاز
ان يعير لان المالك يملك التمليك كالمستأجر يملك ان يوجر والموصى له بالخدمة
يملك ان يعير وتعار ما لا يختلف استعماله ان عين اي منتفعا وفرع
على قوله وتعار مطلقا بقوله فمن استعار دابة مطلقا يحمل عليها
ما شاء ويعيرها اي للحمل ويركب بنفسه ويركب غيره وايا فعل تعين
وضمن بغيره حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره اذ تعين ركوبه
ولو اركب غيره ليس له ان يركب بنفسه حتى لو فعله ضمن وان اطلق
المعير الانتفاع في الوقت والنوع انتفع ما شاء اي وقت
شاء لانه يتصرف في ملك الغير فيملك التصرف على الوجه الذي اذن له
فيه وان قيد ضمن اي المستعير بالخلاف الى شر فقط التقييد اما
في الوقت لا النوع او بالعكس او فيهما فان عمل على وفاق

التقييد فقط وان خالف الى شر يضمن ولا مثل او خير له عارية الثمن والمكيل و
الموزون والمعدود المتقاربة قرض لان الاعارة تمليك المنفعة ولا
ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك عينها ولا يملك استهلاكها الا
اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض
ادناهما ضررا لكونه موجبا رد المثل هذا اذا لم يعين الجهة اما اذا عينها
كاستعارة الدراهم ليعير بها الميزان او يزين بها الدكان ونحو ذلك مما
لا ينتفع عاقبته فتصير عارية امانة ليس له الانتفاع باهلاكها فكان نظير
عارية الحلي او السيف المحلى وفرع على كونه قرضا بقوله فيضمن بالهلاك
قبل الانتفاع كما هو حكم القرض صح الاعارة اي اعارة الارض للبناء
والغرس لان منفعتها معلومة تملك بالاجارة فتملك بالاعارة وله
اي يجوز للمعير ان يرجع لان الاعارة ليست بلازمة ويكلف قلعهما
اي البناء والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان
يأخذهما بقيمتهما اذا استضرت الارض بالقلع ولا يضمن له قيمتهما مقلوعين
ويكونان له كيلا يتلف ارضه عليه ويستبد بذلك به لانه صاحب اصل
واذا لم يستضر به لا يجوز الترك الا باتفاقهما ولا يشترط الاتفاق في القلع
بل ايهما طلب اجيب وضمن رب الارض ما نقص البناء والغرس بالقلع
ان وقت العارية لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء
بالعهد فيرجع عليه دفعا للغرور عن نفسه وكره اي الرجوع قبله اي قبل الوقت
عين لان فيه خلف الوعد ولو اعار ارضه للزرع لا يؤخذ اي
الارض حتى يحصد اي الزرع اي حان له ان يحصد مطلقا اي سواء وقت
او لا لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس اذ ليس له
نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك واذا كتب يكتب في اطعمتني
ارضك لا اعرتني يعني اذا اعار ارضا بيضاء لزرعها يكتب المستعير انك

الطعمتني ارضا كذا له زرعها عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان
الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى وله ان
لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانها تختص بالزراعة والاعارة
الارض تارة تكون للزراعة وتارة للبناء ونصب الفسطاط وكانت
الكتابة بلفظ الاطعام اوطى ليعلم ان غرضه الزراعة صح التوكيل برد
العارية والمغصوب لانه التزم فعلا واجبا ولو توكل به اي بالرد
لا يجبر الوكيل على النقل الى منزله بل يدفعه اليه حيث يجده لان
الوكيل لم يضمن نقلا وعدا تبرع على الامر بخلاف الكفيل لانه
ضمن كالوكيل بقضاء الدين فانه اذا امتنع عنه لا يجبر رد المستعير
الدابة مبتدا خبره قوله الاتي تسليم ولو وصلية مع عبده اي عبد
المستعير او اجيره مشاهرة او مسانهة لا مياومة الى متعلق بالرد
اصطبل مالكها لان نفس المالك او العبد عطف على الدابة الى دار مالكه
لا نفس تسليم حتى اذا هلكا لم يضمن استحسانا والقياس ان يضمن
لانه لم يرد العارية الى مالكها ولا الى وكيل مالكها بل ضيعها وجه
الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف فانه رد العارية الى الاصطبل
او الى دار المالك وهما في يد المالك حكما فكانه ردهما الى يد المالك
كرده مع عبد المعير مطلقا اي سواء يقوم على دابته اولا هو الصحيح
او اجيره كما مر اي مشاهرة او مسانهة لان المالك راض به عادة
لو كان المستعار غير نفيس يعني ان جواز رد المستعار الى يد غلام
صاحبه او وضعه في داره او اصطبله انما يكون في الاشياء
التي تكون في يد الغلام عادة وكذا غيره واما اذا لم يكن كذلك كعقد
لؤلؤ ونحوه فاذا رد المستعير الى غلام صاحبه او وضعه في داره
او اصطبله ضمن لان العادة لم تجر به ولهذا لو دفع المودع

بلا اعلام يضمن بخلاف الاجنبي اي بخلاف ما اذا رده مع الاجنبي فانه
يضمن وبخلاف رد الوديعة والمغصوب الى دار المالك فانه اذا
ردهما اليها ولم يسلمهما اليه ضمن اما الوديعة فلانها للحفظ ولم
يرض بحفظ غيره والا لما اودعها عنده واما الغصب فلان الواجب
عليه ابطال فعله وذلك بالرد الى المالك العبد المأذون يملك الاعارة
كذا في الخلاصة والمحجور اذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق
لان المعير سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل
الشرط في حق المولى ولو اعار هذا المحجور مثله فاستهلكه ضمن التالف الحال
لان المحجور يضمن باتلافه في ماله استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق
اي الذهب منه فان كان الصبي يضبط ما عليه لم يضمن اي المستعير
لانه لم يضيع اذ للمستعير ان يعير والا يضمن لانه ضيعه حيث
وضعه عند من لا يعقل حفظه كذا في المحيط وضعها اي وضع
المستعير العارية بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو كان نومه
جالسا لان هذا حفظ عادة وضمن لو مضطجعا كذا في الحفظ
ليس للاب اعارة مال طفله كذا في الخلاصة واجرة الرد اي رد العارية
والوديعة والعين المستاجرة والمغصوب والرهن على المستعير والمودع
والموجر والغاصب والمرتهن لان المنفعة قد حصلت لهم فالضمان
يجب عليهم

كتاب الوديعة

لا يخفى
وجه مناسبته لكتاب العارية هي لغة مطلق الترك وشرعا امانة
تركت للحفظ ركنها الايجاب من المودع كاودعتك او ما ينوب منابه
قولا وفعلا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل سواء قال هذا وديعة
عندك او سكت وذهب صاحب الثوب ثم غاب الاخر وترك الثوب
ثم ضاع صار ضامنا لان هذا ايداع كذا في فتاوى قاضي خان

قوله مر بيان ما ينوب الايداع
فعلا

قوله مر بيان ما ينوب الايداع

والقبول عطف على الايجاب حقيقة بان يقول قبلت او اخذت او نحوه كما او عرفا
بان سكت حين يضع الثوب حتى لو قال لا اقبل الوديعة فوضع بين يديه وذهب فضاع
الثوب لا يضمن لانه صرح بالرد فلا يصير مودعا بالرد ذكره قاضي خان وشرطها
كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع بلا قبول لهم عقد الاستحفاظ وحفظ الشيء
بدون اثبات اليد عليه محال فايداع الطير في الهواء والعبد الابق والمال الساقط
في البحر غير صحيح وحكمها وجوب الحفظ على المودع وصيرورة المال امانة عنده
وفرع عليه بقوله فلا يضمن اي المودع ان هلكت او سرقت عنده لقوله
صلى الله عليه وسلم ليس على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخاين والاغلال
الخيانة ولو وصلية وحدها اي لم تسرق معها مال للمودع وقال مالك يضمن للتهمة
والحجة عليه الا ان يموت اي المودع مجهلا اي لم يبين حال الوديعة
فانه ح يكون متعديا فيضمن كذا الامناء اي كل امين مات مجهلا
بحال الامانة يضمن الا متوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع
بعض الغانمين بعض الغنيمة ومات مجهلا اي بلا بيان المودع
وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا اي بلا بيان المودع كذا في الخلاصة
ويحفظها بنفسه وعياله اي زوجته وولده ووالدته واجيره ولا يضمن
ان حفظ بغيرهم او اودعها غيرهم لان المالك رضي بحفظه في يده دون
غيره فيضمن بالتسليم اليه الا اذا خاف حرقا او غرقا فسلم الى جاره
او فلك آخر اذ لا يمكنه ان يحفظها في هذه الحالة الا بهذا الطريق
فصار ماذونا فيه ولا يصدق عليه الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة
الضمان بعد تحقق سببه فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع
كذا اي يضمن ايضا المودع اذا طلبها اي رب الوديعة فمنع
اي المودع قادرا على تسليمها فانه اذا طالبه بالرد لم يكن راضيا
بامساكه بعده فيكون متعديا بالمنع فيضمن او تعدى اي المودع

وفسر التعدي بقوله فلبس ثوبها او ركب دابتها او انفق بعضها فان المودع
اذا انفق بعضها ضمن ما انفق فيها ولم يضمن كلها او خلط مثله بما
بقي فانه اذا جاء بمثل ما انفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لانه
صار مستهلكا للكل بالخلط كذا في الكافي او يجحدها عنده يعني اذا
طلبها صاحبها فجحدها عنده ثم اقر او لا ضمن لان المالك عزله عن الحفظ
حين طالبه بالرد فهو بالامساك بعده غاصب فيضمن فان عاد الى
الاقرار لم يبرأ عن الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد
ولم يجدد وانما قال عنده لانه لو انكر عند غيره بان قال اجنبي اعندك
وديعة لفلان فقال لا لا يضمن لان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ
لانه يقطع به طمع الطامعين عنها فلا يضمن به او حفظها اي الوديعة
في دار امر به اي يحفظها في غيرها اي غير تلك الدار فيضمن لمخالفته او
او خلط بماله حتى لم يتميز سواء خلطها بالجنس او بخلاف جنس فان الخلط
استهلاك عند ابي حنيفة مطلقا وان اختلطت اي الوديعة به
اي بمال المودع بلا صنع منه كما اذا انشق الكيسان فاختلطا اشتركا
ولا ضمان اذ لا تعدي منه وهذا اتفاقي وان ازال التعدي اي
اذا تعدى المودع في الوديعة بان اودعها عند غيره ثم ازال التعدي
فردها اليه زال الضمان بمعنى ان الوديعة اذا ضاعت بعد العود اليه
لم يضمن خلافا للشافعي في هذا الذي ذكر حكم الوديعة واختلف
في ساير الامانات قال في العمادية لو استعار دابة الى مكان مسمى فجاوز
بها المستعير المكان المسمى ثم عاد اليه فهو ضامن الا ان يردها على
المالك قيل هذا اذا استعارها ذاهبا لا جائيا اما اذا استعارها ذاهبا
وجائيا يبرأ وهذا القائل سوى بين المودع والمستعير والمستأجر
اذا خالفوا ثم عادوا الى الوفاق برئوا عن الضمان اذا كانت مدة

قوله فان الخلط استهلاك عند ابي حنيفة
مطلقا قال صدر الشريعة ان خلط بخلاف
الجنس ينقطع حق المالك وعليه الضمان اتفاقا
وكذا ان خلط بجنسه عند ابي حنيفة وعندهما
عند ابي يوسف الا اذا خلط بما هو اكثر منه لا لاجل
وعند محمد لا ينقطع بل يثبت الشركة سواء
كان اقل او اكثر انتهى غرر

الاعارة والاستعارة باقية ومن المشايخ من قال في العارية لا يبرأ عن
الضمان ما لم يردها على المالك سواء استعارها ذاهبا وجائيا وهذا القائل
يقول ان المستعير والمستأجر اذا خالفا عادا الى الوفاق حيث يبرأ والقول
الاول اشبه واليه مال شيخ الاسلام خواهر زاده وله اى للمودع السفر بها
اى بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة ان امن اى الطريق بان لا يقصده
احد غالبا وان قصده امكنه دفعه بنفسه ورفقائه ولم ينه اى المودع
عن السفر فان لم يأمن او نهاه فضاعت ضمن ولو اودعاه اى اودع
رجلان رجلا مثليا يعني المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة
لم يدفع اى المودع الى احدهما حصته بغيبة الآخر ولو دفع ضمن
وقالا يدفع ولا يضمن قيل الخلاف في المثليات والقيميات معا والصحيح
انه في المثليات فقط ولا قائل به في القيميات اودعهما ما يقسم اقتسماه
وحفظ كل نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن
الآخر وذلك لانه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله فان الفعل
كالحفظ متى اضيف الى اثنين فيما يقبل التجزي يتناول البعض دون
الكل فيقع التسليم الى الآخر بلا رضاه وضمن دافع كله لا قابضه
لان مودع المودع لا يضمن عنده بخلاف ما لا يقسم فان دافع الكل
لا يضمن لانه لما اودعهما مع علمه انه لا يجتمعان عليه ليلا ونهارا وامكنهما
المهاياة كان راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال كذا في
المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر ما يقسم حيث يضمن
بخلاف ما لا يقسم نهى عن الدفع الى عياله فدفع الى من لا بد له اى انفكاك
منه مع انه من عياله لم يضمن ولو دفع الى من له بد منه كدفع الدابة الى عبده
وما يحفظ النساء الى عرسه اى لا يضمن يعني اودع رجلا وديعة وقال
لا تدفعها الى امرأتك او عبدك او امتك او ولدك او اجيرك وهم في عياله فان

ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان بخلاف المودع اذا خالف ثم عاد صح

قوله المهاياة هي لغة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء [illegible]

دفعها

دفعها الى واحد منهم فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه اهل
وخدم فهو ضامن والا لم يضمن لان هذا الشرط مفيد فقد يأمن الانسان
الرجل على المال ولا يأمن عياله ولكن انما يلزمه مراعاة شرطه بقدر الامكان
فان يجد بدا من الدفع الى من نهى عنه وهو يتمكن من حفظها على الوجه
المأمور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهي عنه وان كان لا يجد بدا
منه لم يضمن اذ لا يمكنه الحفظ الا به فلم يمكن العمل به مع مراعاة
هذا الشرط فلم يعتبر التقييد فبطل كانه قال لا تحفظ فصار مناقضا لاصله
وهذا كما اودع دابة وقال لا تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع الى امرأته
والوديعة شيء يحفظ على يد النساء والرجل ممن لا يجد بدا منها فهذا الشرط
يناقض اصله فصار باطلا كما لو امر بحفظها في بيت معين من دار
او صندوق معين فيه اى في البيت فحفظ في بيت آخر منها اى
من تلك الدار او صندوق آخر منه اى من ذلك البيت فانه لم يضمن
ح بخلاف الدارين الاصل ان الشرط انما يصح اذا كان مفيدا والعمل به
ممكنا والنهي عن الوضع في دار اخرى مفيد لان الدارين يختلفان في الامن
والحفظ فصح الشرط وامكن العمل به واما البيتان في دار واحدة فقلما
يختلفان في الحرز فللتمكن من الاخذ من احدهما يتمكن من الاخذ من
الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به ايضا فلا يعتبر وكذا
الصندوقان فان تعين الصندوق في هذه الصورة لا يفيد
فان الصندوقين في بيت واحد لا يتفاوتان ظاهرا الا ان يكون
لهما اى للبيت والصندوق خلل ظاهر فيفيد الشرط ويضمن
بالخلاف اودع المودع فهلكت ضمن المودع الاول فقط
وقالا يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول ولو اودع
الغاصب ضمن المالك ايهما شاء من الغاصب والمودع اما الغاصب

فصار ح

ح المودع

فقط وان المودع ضامن لقبضه منه بلا رضا مالكه ثم انه ان لم يعلم انه غاصب رجع
على الغاصب قولاً واحداً وان علم فكذلك في الظ وحكى ابو اليسر انه لا يرجع
واليه اشار شمس الائمة كذا في النهاية كما في الغاصب وغاصب الغاصب
والمشتري منه فان غاصبه والمشتري صار امينه بالتلقي منه ابتداء
لعدم اذن المالك فكذا ابقاء معه الف ادعى رجلان كل واحد منهما انه
اودعه اياه فنكل لهما فهو اي الالف لهما وعليه الف اخر بينهما
لان دعوى كل منهما صحت فتوجهت اليمين لهما وانما يحلف لكل
منهما بانفراده لان كلا منهما ادعاه بانفراده والمسئلة على اربعة
اوجه لانه اما ان يحلف لهما او يحلف للاول وينكل للثاني او بالعكس
او ينكل لهما فان حلف لكل منهما فلا شيء لهما وان حلف للاول
ونكل للثاني ايض فالالف له لانه اوجب الحق لكل منهما عليه
ببذله او اقراره وان عكس فالالف للاول ولا شيء للثاني وان نكل
للثاني ايض فالالف بينهما لانه اوجب الحق لكل منهما عليه ببذله
او اقراره وعليه الف اخر بينهما لان نكوله اوجب لكل منهما كل
الالف كانه ليس معه غيره فاذا صرف اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا
الى ذاك ونصف نصيب ذاك الى هذا فيغرم ذلك اودع صبي عبدا
محجوراً فاودع المحجور محجوراً مثله وضاع فالمودع ضمن الاول
لانه سلط وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط في
حق المولى فقط اي لا يضمن الثاني لانه مودع المودع لا يضمن عند
ابي حنيفة رح اذا لم يجب بعد العتق رعاية لحق المولى ولو ضاع
المودع عند ثالث يعني لو اودع المحجور الثاني عند المحجور الثالث
فهلك عند الثالث فلا ضمان عليه وان اعتق لانه مودع المودع
وهو غير ضامن عند ابي حنيفة وغرم الاول بعد العتق تمام

منه فقط لانه سلطه الى اخره وغرم الثاني في الحال لانه استهلكه بدفعه الى
الثالث ومودع المودع يضمن عنده اذا جنى كتاب
الرهن مناسبته لكتاب الوديعة ان عين الرهن امانة في يد
المرتهن كما سياتي فيكون كالوديعة هو لغة الحبس مطلقا وشرعا
حبس مال احتراز عن رهن الحر والمدبر والخمر بحق يمكن اخذه اي
الحق منه اي المال وهو اي ذلك الحق الدين حقيقة وهو دين
واجب ظاهرا او باطنا او ظاهرا فقط فانه يصح بثمن عبد او ثمن
خل او ذبيحة وبدل صلح عن انكار وان استحق او وجد حرا او خمرا او خنزيرا او
ميتة او تصادقا ان لا دين لان الدين وجب ظاهرا وهو كاف لانه اكرمي
دين موعود كما سياتي او حكما كالاعيان المضمونة بالمثل او القيمة والقوم
يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها وسياتي تحقيق وجه التسمية
ان شاء الله تعالى ينعقد حال كونه غير لازم لانه تبرع كالهبة والصدقة بايجاب
وقبول كما في الهبة فللراهن تسليمه والرجوع عنه تفريع على قوله غير لازم
فاذا سلم اي الراهن الرهن وقبض من قبل المرتهن محوزا اي مجموعا
احتراز عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع على الارض لان المرتهن لم
يحزه مفرغا اي عن ملك الراهن احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون
الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن متميزا
احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار كذا في غاية البيان
وهذه المعاني المناسبة لهذه الالفاظ لا ما قيل ان الاول احتراز عن
رهن المشاع والثالث عن رهن ثمر على الشجر دون الشجر كما لا يخفى
على الناظر لزم اي الرهن هو جزاء لقوله فاذا سلم والتخلية فيه اي رفع الموانع
من القبض في زمان يمكن فيه قبض اي في حكم قبض المرتهن حتى اذا
وجدت عن الراهن بحضرة المرتهن ولم ياخذه فضاع ضمن المرتهن

فلا وجه لما قال الزيلعي بناءً على ظاهر المعنى اللغوي ان الصواب ان التخلية
تسليم لانه عبارة عن رفع المانع عن القبض وهو فعل المسلم دون
المتسلم والقبض فعل المتسلم كالبيع كما ان التخلية فيه قبض اعترض
على القوم بان التخلية ينبغي ان لا يكفي في قبض الرهن اذ القبض منصوص في
الرهن بخلاف البيع حيث استدلوا على شرطية القبض في الرهن بقوله تعالى
فرهان مقبوضة والاصل ان المنصوص يراعى وجوده في اكمل الجهات اقول
المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال
واما اذا ذكر تبعاً للنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان
التراضي في البيع منصوص عليه بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض
فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك كما
سيأتي ولو هلك اي الرهن اعلم ان الرهن امانة محضة عند
الشافعي حتى لم يجعله مضموناً وعندنا امانة لكن يد المرتهن يد استيفاء
ويتقرر بالهلاك لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين
فالاستيفاء بالعين كما ذهب اليه يكون استبدالاً والمرتهن مستوف
لا مستبدل وانما يحصل الاستيفاء بجنس الحق والمجانسة بين الاموال
باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو امينا في العين
كالكيس في حقيقة الاستيفاء ولهذا كان نفقة الرهن على الراهن
في حيوته وكفنه بعد مماته وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم غرم فاذا
هلك الرهن ضمن اي المرتهن بالاقل يجب تعريفه باللام لئلا يتوهم
كون من في قوله من قيمته ومن الدين تفضيلية وليس كذلك بل
بيانية والمعنى بالاقل الذي هو من هذين المذكورين ايهما كان وقد
وقع في نسخ الوقاية منكراً ولو استويا اي الدين وقيمة الرهن سقط
اي صار المرتهن مستوفياً لدينه ولو كانت قيمته اي قيمة الرهن

اكثر

اكثر من الدين فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وهو
بقدر الدين ولو كانت اقل منه سقط من الدين قدره ورجع المرتهن
الفضل مثلا اذا رهن ثوباً قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن
سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن
بخمسة اخرى وان كانت خمسة عشر فالفضل امانة وضمن اي المرتهن
بدعوى الهلاك بلا بينة يعني اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن ان لم
يقم البينة عليه مطلقاً اي سواء كان من الاموال الظاهرة كالحيوان
والعبيد والعقار او من الاموال الباطنة كالنقدين والحلي والعروض
وقال مالك يضمن في الاموال الباطنة فقط له اي للمرتهن طلب دينه
من راهنه لان الرهن لا يسقط طلب الدين وله حبسه اي الرهن
بالدين وان كان الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء
الظلم فاذا ظهر ظلمه عند القاضي يحبسه دفعاً للظلم وله ايضاً حبس رهنه
بعد الفسخ حتى يقبضه دينه او يبرئه لان الرهن لا يبطل بمجرد
الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مضموناً
ما بقي القبض والدين لا الانتفاع به اي بالرهن عطف على قوله له
طلب دينه مطلقاً اي لا بالاستخدام ولا سكنى ولا لبس ولا اجارة ولا
اعارة سواء كان المرتهن او الراهن الا باذن اي اذن
الراهن ان كان المنتفع المرتهن او اذن المرتهن ان كان المنتفع
الراهن فلو فعل اي انتفع بالرهن قبل الاذن تعدى ولم يبطل
اي الرهن به اي بالتعدي واذا طلب اي المرتهن دينه ولو في غير
بلد العقد امر باحضار الرهن لان قبضه قبض الاستيفاء فلا
لقبض المال مع قيام يد الاستيفاء لانه ربما هلك فاذا هلك في يد المرتهن
تكرر الاستيفاء ان لم يكن لحمله مؤنة متعلق بقوله ولو في غير بلد العقد

فان لم يمكن كلاهما في حق التسليم بمكان واحد فيما ليحمله مؤنة فان احضره اي
المرتهن الرهن سلم الراهن الدين ثم المرتهن الرهن ليتعين حق المرتهن كما تعين
حق الراهن بحضور الرهن تحقيقا للتسوية كما في البيع والثمن يحضر المبيع ثم
يسلم الثمن. وان كانت اي لحمله مؤنة سلم اي الراهن الدين بلا احضار الرهن
اي لا يكلف المرتهن احضار الرهن لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا
النقل من مكان الى مكان ولكن للراهن ان يحلفه بالله ما هلك كذا في الكافي
ومرتهن طلب دينه لا يكلف اي المرتهن احضار رهن وضع عند عدل
بامر الراهن لكونه في يد الغير بامر الراهن ولا يكلف ايضا المرتهن احضار
ثمن رهن باعه المرتهن بامره اي بامر الراهن حتى يقبضه لانه صار دينا
بالامر ببيع الرهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين واذا قبضه يكلف
احضاره لقيام البدل مقام المبدل ولا يكلف ايضا مرتهن معه رهنه تمكينه اي
تمكين الراهن من بيعه اي الرهن ليقضي دينه يعني لو اراد الراهن ان يبيع الرهن
ليقضي الدين بثمنه لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم
الى ان يقضي الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه ولا يكلف ايضا من قضى بعض دينه
تسليم بعض رهنه حتى يقبض البقية من الدين لانه له ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع ويحفظ بنفسه وعياله زوجته وولده
وخادمه واجيره مشاهرة او مسانهة يسكنون معه فان العبرة
بالمساكنة لا النفقة حتى ان المراة لو دفعته الى زوجها لا يضمن ذكره
الزيلعي وضمن بحفظ لانه ترك الحفظ الواجب وفي تعديه اي حرجا وابدا
لما تقرر ان عينه امانة وجعل خاتم الرهن في خنصره اليمنى او اليسرى لانه
استعمال وجعله في اصبع اخرى حفظ وتقلد سيفي الرهن لانه ايضا استعمال
لا الثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون في العادة سيفين
لا الثلاثة والضمان في هذه الصور ضمان الغصب بجميع القيمة لان الزيادة

على مقدار الدين امانة والامانات لا تضمن بالاتلاف وفي لبسه اي خاتم الرهن فوق آخر
يرجع الى العادة فان كان ممن يتحلى بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن
وعليه اي على المرتهن مؤن حفظه كاجرة بيت الحفظ واجر الحافظ فان تمام على
المرتهن وان كان قيمة الرهن اكثر من الدين لان وجوبه بسبب الحبس وحق الحبس في
الكل ثابت له واما مؤن رده او رد جزء منه الى يده فينقسم على المضمون والامانة
يعني ان مؤنة رده الى المرتهن ان كان خرج من يده كجعل الآبق على المرتهن ان
كان قيمة الرهن مثل الدين وكذا مؤنة رد جزء منه الى يد المرتهن كمداواة الجرح
ان كان قيمته مثل الدين اما اذا كانت اكثر منه فينقسم على المضمون والامانة
فالمضمون على المرتهن والامانة على الراهن وكذا مداواة القروح والمعالجة
الامراض والفداء من الجناية وعلى الراهن خراج الرهن ومؤنة تبقيته و
واصلاح منافعه كنفقة الرهن وكسوته واجر راعيه وظئر ولد الرهن وسقي
البستان والقيام بامور فالحاصل ان ما يرجع الى بقائه فهو على الراهن كان في الرهن
فضل اولا لان العين بقيت على ملكه وكذا منافعه مملوكة له وما يرجع الى الحفظ
فهو على المرتهن اما خاصة او بالتقسيم كما مر وكلما وجب على احدهما من الراهن والاخر
فاداه الآخر كان متبرعا لانه قضى دين غيره بغير امره الا ان يأمر به القاضي لان له
ولاية عامة فكان كامر صاحبه به

باب ما يصح رهنه والرهن به او لا

صح رهن الحجرين يعني الذهب والفضة والمكيل والموزون لكونها محل الاستيفاء
فلو رهنت المذكورات بخلاف جنسها فهلكت هلكت بقيمتها كسائر الاموال
وهو ظاهر فلو رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وتعتبر
المماثلة في القدر وهو الوزن او الكيل بلا عبرة للجودة ولا للقيمة فان الدين
اذا كان وزنيا والرهن ايضا كذلك فهلك فان تساويا سقط الدين وان كان
زائدا سقط قدر الرهن منه وبقي الزائد في ذمة الراهن وان عكس سقط قدر الدين
منه والفضل للراهن لا اي لا يصح رهن مشاع لان حكم الرهن كما عرفت ثبوت

بدل الاستيفاء وهو لا يتصور في المشاع من حيث انه مشاع مطلقا اي سواء كان
مما يحتمل القسمة او لا وسواء رهن من شريكه او من اجنبي والطاري كالمقارن
هو الصحيح كذا في الخلاصة وثمر على شجر دونه اي دون الشجر وزرع ارض ونخلها دونها
اي دون الارض لان الرهن متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى المشاع
كذا العكس وهو رهن الشجر بلا الثمر ورهن الارض بلا النخل او الزرع لان الاتصال
يقوم بالطرفين فالاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز
لامتناع قبض المرهون وحده ولا يصح ايضا رهن حر ومدبر ومكاتب وام ولد
ووقف وخمر لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتصور الاستيفاء
منها لعدم المالية في الحر وعدم جواز بيع ما سواه ولا يصح ارتهانها اي الخمر من مسلم
او ذمي واللام في للمسلم متعلق بقوله ارتهانها اي لا يجوز للمسلم ان يرهن
خمرا وامثاله او يرتهنها من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق
ولا يضمن لها اي للمسلم مرتهنها الذمي يعني ان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لم
يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال في حق المسلم وفي عكسه ضمن يعني ان كان
الراهن ذميا والمرتهن مسلما فيضمن الخمر للذمي كما اذا غصبه لانها مال للذمي
ولا يصح ايضا بالامانات كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة لان موجب
الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فكان قبض الرهن مضمونا فلا بد
من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويثبت استيفاء الدين منه وقبض الامانات
ليس بمضمون ليصح الرهن بها ومبيع في يد البائع لما عرفت ان الرهن يجب ان
يكون في مقابلة الدين حقيقة او حكما والمبيع في يد البائع ليس بدين حقيقة
وهو ظاهر ولا حكما لانه يجب ان يكون مضمونا بالمثل او القيمة والمبيع في يد البائع
ليس كذلك بل اذا هلك سقط الثمن وهو حق البائع وليس فيه ضمان والقوم
يسمونه بالعين المضمونة بغيرها كما سيجئ تحقيقه ودرك بتفسيره الرهن به
ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق

واخذ

واخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك
او لم يحل واذا هلك الرهن كان امانة عنده حل الدرك او لا اذ لا عقد حيث
وقع باطلا كذا في الكافي واجرة نائحة ومغنية وثمن خمر حتى لو هلك الرهن
لم يكن مضمونا اذ لا يقابله شيء مضمون وكفالة بالنفس لتعذر الاستيفاء
وشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري وعبد جان او مديون
لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء وقصاص مطلقا
اي في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف الجناية خطأ لان
استيفاء الارش من الرهن ممكن ويصح بعين مضمونة بالمثل او القيمة
عين ص كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم عمد اعلم ان الاعيان ثلثة
اقسام احدها عين غير مضمون اصلا كالامانات فان الضمان عبارة عن رد
مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا فالامانة ان هلكت
بلا تعد فلا شيء في مقابلتها او بتعد فلا يبقى امانة بل تكون مغصوبة
وثانيها عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه والقوم يسمونها
الاعيان المضمونة بنفسها والمراد بها الاعيان المضمونة في حد ذاتها
ووجهه ان الضمان كما عرفت عبارة عن رد مثل الهالك او قيمته
فالشيء اذا كان مثليا او قيميا يكون بحيث لو هلك تعين المثل
او القيمة فيكون مضمونة في حد ذاتها مع قطع النظر عن العوارض
عين يح وثالثها ليست بمضمونة ولكنها تشبه المضمونة كمبيع في يد البائع فانه
اذا هلك لم يضمن احد بمثله او قيمته لكن الثمن يسقط عن ذمة المشتري
وهو غير المثل والقيمة فيجيء من هذا الاعتبار يسمون بالعين المضمونة بغيرها
فكانه من قبيل المشاكلة وتصح بدرك كما هو الاصل وهو توطئة لقوله ولو موعودا
فهلك في يد المرتهن عليه اي على المرتهن بما وعد من الدين يعني ان رهن ليقرضه
الف درهم وهلك الرهن في يد المرتهن فهلكه على المرتهن بمقابلة الالف

والمجانسة
بدل

الموعود فيجب عليه تسليم الالف لا الرهن اذا لم يكن الدين اكثر من قيمة الرهن
بل كان مساويا او اقل حتى اذا كان اكثر لم يكن مضمونا بالدين بل بالقيمة
وتصح ايضا برأس مال السلم وثمن الصرف لان المقصود ضمان المال والمجانسة
ثابتة في المالية فيثبت الاستيفاء من حيث المال فان هلك اي الرهن
برأس المال او ثمن الصرف تم العقد اي السلم والصرف واخذ حقه اي صار
المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل نقده وهلاكه
بطل اي عقد السلم والصرف لفوات القبض حقيقة وحكما ولما لم يثبت
هذا التفصيل في المسلم فيه افرده بالذكر فقال وبالمسلم فيه فان هلك
اي الرهن تم العقد وصار اي الرهن عوضا للمسلم فيه فيصير
كانه استوفاه وان فسخ اي عقد السلم صار اي الرهن رهنا
ببدله وهو رأس المال فيحبسه فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن
يكون رهنا بقيمته وهلك رهنه بعد الفسخ هلك اي بالمسلم فيه
حتى يجب عليه رد مثل المسلم فيه بقبض رأس المال لانه رهنه به وان كان
محبوسا بغيره وهو رأس المال وتصح ايضا بدين عليه اي الاب عبد طفله
مفعول الرهن للقدرة لانه يملك الايداع وهذا اولى منه في حق الصبي
لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خوفا من الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا
والوديعة تهلك امانة والوصي كالاب وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز منهما
ويصح ايضا بثمن عبد او خل او ذكية ان ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الذكية
ميتة وببدل صلح عن انكار ان اقر ان لا دين صورته رجل صالح عن انكار
ورهن ببدل الصلح شيئا ثم تصادقا على ان لا دين فالرهن مضمون
والاصل في هذه المسائل ان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن
ولا يشترط وجوبه حقيقة اشترى على ان يرهن شيئا او يعطي كفيلا حال
كون الرهن والكفيل معينين لثمنه متعلق بيعطي في لي اي المشتري ان يرهن

والصواب بالثمن ويعطي [illegible]

٤٠٦

بالثمن او يعطي كفيلا سماه صح اي الشراء استحسانا لا قياسا لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين ولانه صفقة في صفقة وهو منهي
عنه كما مر ووجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن
للاستيثاق وهو يلائم وجوب الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا او الرهن معينا
اعتبر معنى الشرط وهو الاستيثاق فصح العقد والا اعتبر عين الشرط
ففسد ولا يجبر اي المشتري على الوفاء لان عقد الرهن تبرع من
جانب الراهن ولا جبر على التبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ... ولم يوجد بعدم
والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان
لا يصير لازما بالوعد اولى وللبائع فسخه الا اذا سلم ثمنه حالا او قيمة الرهن
رهنا اي اذا ابى المشتري ولم يجبر على الوفاء جاز للبائع ان يفسخ العقد
لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم
رضاه كان له ان يفسخ او يرضى بترك الرهن الا اذا كان كما ذكر لحصول
المقصود حينئذ اذ يد الاستيفاء انما يثبت على المعنى وهو القيمة لان
الصورة امانة قال اي المشتري لبائعه وقد اعطاه شيئا غير المبيع امسك
هذا حتى اعطي ثمنك كان رهنا لانه ذكر ما يدل على الرهن لان العبرة للمعاني
وفيه خلاف زفر رهن عينا من رجلين بدين لكل منهما صح وكله رهن
عند كل منهما لا ان نصفه رهن لاحدهما ونصفه للاخر خلافا للشافعي لان الرهن
اضيف الى جميع العين بصفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه الحبس بالدين
وهو لا يتجزى فصار محبوسا بكل منهما ولا تنافي فيه كما اذا قتل
واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين واستوفى يكون مستوفيا النفس
للباقين بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة
لان المقصود منها ايجاب الملك في العين الواحدة لا يتصور كونها
ملكا لكل منهما كملا فلا بد من الانقسام وهو ينافي المقصود

وفي تهايئهما كل في نوبته كالعدل في حق الآخر ولو هلك ضمن كل حصته اي
حصته دينه اذ عند الهلاك يصير كل منهما مستوفيا حصته لان الاستيفاء
يتجزى فان قضى دين احدهما فكله رهن للآخر لان جميع العين رهن
في يد كل واحد منهما بلا تفرق رهنا من رجل رهنا بدين عليهما
صح اي الرهن بكله اي بكل الدين يمسكه اي المرتهن الى قبض الكل اي كل الدين
لان قبض الرهن حصل في الكل بلا شيوع بطل حجة كل من شخصين
انه رهنه عبده وقبضه منه مسئلة لا تعلق لها بما سبق يعني اذا
اقام كل واحد من رجلين على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه
فهو باطل لان كلا منهما اثبت ببينة انه رهنه كل العبد ولا وجه
للقضاء لكل منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل كون كله رهنا
بهذا وكونه رهنا بذاك في حالة واحدة ولا للقضاء بكله لواحد
بعينه لعدم الاولوية ولا للقضاء لكل منهما بالنصف للزوم
الشيوع فتعين التهاتر ولو مات راهنه والرهن معهما فرهن كل
كذلك اي بانه رهنه عبده وقبضه كان نصفه اي العبد مع كل
منهما رهنا بحقه لان حكمه في الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد المات
الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره باب

رهن يوضع عند عدل سمي به لعدالته في زعم الراهن والمرتهن
وضعاه اي وضع الراهن والمرتهن الرهن عنده صح خلافا لمالك
ولا يأخذه منه اي الرهن من العدل احدهما لتعلق حق
الراهن في الحفظ بيده وامانته وحق المرتهن به استيفاء فلا يملك
احدهما ابطال حق الآخر ويضمن اي العدل بدفعه اليه اي في الرهن
الى احدهما لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق
المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي

ويهلك على المرتهن اي ان هلك الرهن في يد العدل هلك في ضمان المرتهن
لان يده يد المرتهن وكله اي الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيعه
اي بيع الرهن عند حلول الاجل صح لانه توكيل ببيع ماله فان شرط
اي التوكيل في عقد الرهن لم ينعزل بالعزل وبموت الراهن او المرتهن
الا بموت الوكيل سواء كان الوكيل المرتهن او العدل او غيرهما واذا
مات الوكيل لا يقوم وارثه ولا وصيته مقامه لان الوكالة لا تجري
فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا راي غيره وله اي للوكيل بيعه
اي الرهن بغيبته ورثته اي الراهن كما يبيعه حال حيوته بغيبته
وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لانها لا تبطل بموتهما ولا بموت
احدهما ويجبر اي الوكيل عليه اي البيع ان حل الاجل و الراهن
غائب لئلا يتضرر المرتهن وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياما ليبيع
فان لج بعده فالقاضي يبيعه عليه كوكيل الخصومة غاب موكله حيث
يجبر عليها بالدفع الضرر ولو وكل بالبيع مطلقا ثم نهاه عن البيع
لم ينفذ كذا في الكافي ولا يبيعه الراهن او المرتهن الا برضي الآخر لان
لكل واحد منهما حقا في الرهن للراهن حق الملك وللمرتهن حق
الاستيفاء باعه اي الرهن العدل صح فخرج عن الرهن فالثمن رهن
مقامه وان لم يقبض لقيامه مقام المقبوض فهلكه اي هلك الثمن هلك
على المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون
كذا قيمة عبد رهن قتل اي اذا قتل العبد الراهن وغرم القاتل
قيمته صارت رهنا بدل العبد وكذا عبد قتله اي العبد الرهن فدفع به فانه
ايضا يكون رهنا بدل العبد المقتول فان اوفى اي ان باع العدل
الرهن فاوفى ثمنه اي الراهن المرتهن فاستحق اي الرهن فهو الهالك اي كذا هلك
الرهن في يد المشتري فضمنه فقوفيما رأيناه من نسخ صدر الشريعة بدل المشتري المرتهن فكانه

قوله ويطل حجة كل من شخصين الخ قال الزيلعي
هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت فيه
وقت لا ينازعه فيه واحد وكذا
اذا كان الرهن في يد احدهما
كان صاحب اليد اولى انتهى
عزمي

قوله ولو وكله بالبيع مطلقا ثم نهاه عن
البيع لم ينفذ كذا في الكافي الخ قال الكلفة رحمه
لا مجال لهذا المقام والا فغيره بلا فرق بين الجيد
الا عندنا على ان ما نسبه الى الكافي غير ظاهر
عزمي

يعني ان شاء ضمن المستحق الراهن قيمة الرهن لانه غاصب في حقه وصح البيع
والقبض اي قبض الثمن لان الراهن ملكه باداء الضمان او ضمن المستحق العدل القيمة
لانه متعد بالبيع والتسليم فهو اي فحينئذ يكون العدل مخيرا ان شاء ضمن الراهن
قيمة الرهن لانه وكيله فرجع عليه بما لحقه من جهته بالغرور وصحا اي القبض
والبيع لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن على
العدل بدينه او ضمن المرتهن ثمنه الذي اداه اليه اذ تبين بالاستحقاق
انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملك العبد بالضمان فهو اي ذلك
الثمن له اي للعدل لانه بدل ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان المبيع
ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه ورجع
المرتهن على راهنه بدينه لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن
فرجع المرتهن على راهنه بدينه ضرورة وفي القائم عطف على قوله في
الهالك اي اذا كان الرهن قائما في يد المشتري اخذه اي المستحق من
مشتريه لانه وجد عين ماله ورجع هذا اي مشتريه على العدل بثمنه
لانه العاقد وحقوق العقد تتعلق به ثم رجع هذا اي العدل على
الراهن به اي بثمنه لانه الذي ادخله في العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه واذا
رجع عليه صح قبض المرتهن الثمن وسلم المقبوض له او رجع العدل على المرتهن
بثمنه لان العقد لما انتقض بطل الثمن وقد قبضه المرتهن ثمنا فاذا
بطل وجب نقض قبضه ضرورة ثم رجع هو اي المرتهن على الراهن بدينه
لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع
به عليه ان لم يشترط اي التوكيل في عقد الرهن عطف على قوله فان شرط
بل وكل بعده يعني ان ما ذكر من التفصيل انما يتاتى اذا شرط التوكيل
في عقد الرهن واما اذا لم يشترط بل وكل الراهن العدل بعد العقد
فما لحق من العهدة رجع به العدل على الراهن فقط اي لا يرجع

على

على المرتهن لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه
كما في الوكالة المجردة عن الرهن بان وكل انسانا بان يبيع شيئا ويقضي
دينه من ثمنه ثم لحقه عهدة لم يرجع به على القابض بخلاف الوكالة المشروطة فتامل م
في الرهن اذ تعلق بها حق المرتهن وكان البيع واقعا لحقه وقد سلم له
ذلك فجاز ان يلزمه الضمان فبقبض المرتهن ثمنه اولا صورة عدم قبضه لقوله
باع الرهن بامر الراهن وضاع الثمن في يد العدل بلا تعديه ثم استحق المرهون فالضمان
الذي يلحق العدل يرجع به على الراهن هلك الرهن مع المرتهن فاستحق وضمن الراهن
قيمته هلك بدينه يعني اذا استحق الرهن الهالك بعد الهلاك فالمستحق ان شاء ضمن الراهن قيمته صح
وان شاء ضمن المرتهن لان كلا منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فلو ضمن
الراهن فقد هلك بدينه لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن
رجع على الراهن بقيمته التي ضمنها وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن
بالتسليم واما بالدين فلانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان والله المتعال

باب التصرف والجناية في الرهن

وقف بيع الراهن اي اذا باع الراهن بلا اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق
حق المرتهن به فيتوقف على اجازته ان اجاز المرتهن او قضى اي الراهن
دينه نفذ اما الاول فلان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه واما
الثاني فلان المانع من النفوذ قد زال والمقتضي وهو التصرف الصادر
من الاهل في المحل موجود والثمن رهن فان البيع اذا نفذ باجازة المرتهن
ينتقل حقه الى بدله وان فسخ اي المرتهن عقد الرهن البيع لم ينفسخ في
الاصح لان التوقف مع المقتضي للنفاذ انما كان لصيانة حقه وحقه
يصان بانعقاده موقوفا واذا بقي موقوفا فالمشتري ان شاء صبر او رفع
الامر الى القاضي ليفسخ اي القاضي العقد بحكم عجز الراهن عن التسليم
باع اي الراهن الرهن من رجل ثم باع من آخر قبل الاجازة اي اجازة المرتهن

والصواب عقد البيع عزمي زاده

وقف اي البيع الثاني على اجازته ايضا اي كما وقف الاول فان الاول موقوف
والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجازه اي المرتهن البيع الثاني جاز الثاني او وهبه منه
لا الاول ولو باع الراهن الرهن ثم آجر اي الرهن او وهب من غيره
اي غير المشتري فاجازها اي هذه التصرفات من البيع وغيره المرتهن جاز الاول
وهو البيع لا البواقي والفرق بين المسئلتين حيث جاز البيع الثاني بالاجازة
في الاولى ولم تجز التصرفات المذكورة بعد البيع في الثانية سوى البيع مع وجود
الاجازة للكل ان للمرتهن فائدة في البيع لتعلق حقه ببدله بخلاف العقود
المذكورة اذ لا بدل له في الهبة والرهن واما في الاجارة فبدل المنفعة
لا العين وحقه في مالية العين لا المنفعة فكانت اجازته اسقاطا
لحقه فزال المانع فنفذ البيع وصح اعتاقه اي اعتاق الراهن
وتدبيره واستيلاده لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع في المحل فبطل
الرهن لفوات محله فلو كان الراهن موسرا وطولب بقيمته الحال اذ لا
معنى لالزام قيمة الرهن مع حلول الدين وفي المؤجل اخذ منه
اي الراهن قيمته وجعلت رهنا بدله حتى يحل الدين لتحقق سبب
الضمان وفائدة في التضمين وهي حصول الاستيثاق وتجب بها
الى حلول الاجل فاذا حل استوفى حقه اذا كانت من جنسه لان
الغريم له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه فان كان
فيها فضل رده لانتفاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كانت اقل
من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقط ولو كان الراهن معسرا
في العتق سعى المرتهن في الاقل من قيمته ومن الدين لانه ان العبد
كان القيمة اقل من الدين سعى في القيمة وان كان الدين اقل
منها سعى في الدين ورجع على سيده اذا صار غنيا لانه قضى وهو
مضطر فيه بحكم الشرع فرجع عليه بما تحمل عنه وفي اخيه يعني التدبير

والاستيلاد وسعى كل من المدبر والمستولدة للمرتهن في كل الدين بلا رجوع على سيده
لانهما اديا من مال المولى لان كسبهما ماله وان اتلفه اي اتلف الراهن رهنه
كاعتاقه غنيا اي ان كان الدين حالا اخذ منه الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته
فيكون رهنا الى حلول الاجل وان اجنبي اتلفه ضمنه المرتهن فيأخذ مثله او
قيمته وكان اي المأخوذ رهنا بدله كما في اعارته اي الرهن من راهنه
او اعاره احدهما من الراهن والمرتهن باذن صاحبه الاخر فقبضه سقط
ضمانه اي ضمان الرهن حالا لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن وان
وصلته بقي الرهن ولهذا كان للمرتهن ان يسترده اليه وفرع على قوله
سقط ضمانه بقوله فهلكه اي الرهن مع مستعيره اي مع راهنه ان كان الفوات
هو المستعير او مع اجنبي ان كان هو المستعير هلك بلا شيء لان القبض المضمون
ولكل منهما اي من الراهن والمرتهن رده اي رد الرهن المستعار رهنا
كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه فان مات الراهن قبله اي قبل رده
الى المرتهن في صورة الاعارة فالمرتهن احق به اي بالرهن من سائر
الغرماء لان العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن قطعا
فان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن مع انه غير مضمون بالهلاك واذا
بقي الرهن فاذا اخذ عاد الضمان بعود القبض فيعود بصفته واذا
آجر او وهب او باع احدهما باذن الاخر من اجنبي خرج عن الرهن فلا يعود
الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن فالمرتهن اسوة للغرماء
اذ تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن بخلاف
الاعارة حيث لم يتعلق بها حق لازم فافترقا رهن عبدا غصبه
ثم اشتراه من مالكه لا ينفذ الرهن لانه توقف على اجازة المالك فلا ينفذ باجازة
غيره ولا يسقط الدين بهلاكه لان ملك الراهن ثبت بعد عقد الرهن
بخلاف ما اذا هلك في يد المرتهن واختار المالك تضمين الراهن لانه ملكه

بالضمان من وقت الغصب فكان ملك الراهن سابقاً على الرهن
كذا في القاعدية ومن اذن باستعماله اي اذن له الراهن بلا طلب منه
[redacted] فيغاير الاستعارة وان كان الرهن عارية او استعاره (اي الرهن)
من راهنه ليعمل ان يملك اي الراهن حال العمل في صورتي الاستعارة
والاذن لم يضمن اي المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي
مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وفي طرفيه اي قبل العمل وبعد
الفراغ منه ضمن كالرهن اي ضمن المرتهن ضماناً كضمان الرهن
وهو معلوم صح استعارة شيء ليرهن لان المالك رضي بتعلق
دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يتعلق بذمته بالكفالة
واذا صح فيرهن اي المستعير بما شاء من قليل او كثير فان
الاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة لان الجهالة
فيها لا يفضي الى المنازعة وان عين المعير تقيد بما عينه
من قدر فانه اذا عين قدراً لا يجوز للمستعير ان يرهنه
باكثر منه او اقل لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان
غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضاً لان
غرض المعير ان يصير المرتهن مستوفياً للاكثر بمقابلته عند الهلاك
ليرجع عليه ولو رهن باقل منه يهلك الباقي امانة فلا يرجع عليه
وجنس ومرتهن وبلد فان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالنسبة
الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة فان خالف اي بعد
ما عين التقييد ان خالف المستعير المعير ضمنه (والحفظ) اي المستعير المعير
لمخالفته وتم الرهن لانه ملكه بالضمان فتبين انه رهن ملك
نفسه او ضمن المعير المرتهن لانه ايضاً متعد فصار الراهن كالغاصب
والمرتهن كغاصب الغاصب ورجع اي المرتهن بما ضمن من القيمة

وبدينه على الراهن اما رجوعه بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما رجوعه
بالدين فلان قبضه انتقض فصار حقه كما كان وان وافق بان رهنه بقدر
ما امر به وهلك اي الرهن عند المرتهن استوفى اي المرتهن كل دينه لو قيمته
كالدين او اكثر لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله اي مثل الدين للمعير
على المستعير وهو الراهن لانه قضى بذلك القدر دينه ان كله مضموناً او لا (ان كان ما)
يضمن قدر المضمون والباقي امانة لو القيمة لانه قد وافق فليس متعد
وبعض دينه عطف على كل دينه اي استوفى المرتهن بعض دينه لو قيمته اقل من الدين
وباقيه اي باقي دينه على الراهن للمرتهن اذا لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته
لو افتكه المعير يعني ان المعير اذا اراد ان يقضي دين المرتهن لفك ملكه عن الدين للمرتهن (السلامة)
ان يمتنع عن تسليم الرهن لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه
فصار اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول ويرجع على الراهن بما ادى
ان ساوى الدين القيمة لانه قضى دينه وهو مضطر فيه فلا يوصف بكونه متبرعاً
وانما قال ان ساوى لانه ان كان اكثر من القيمة يكون في الزيادة على القيمة متبرعاً
فلا يرجع بذلك القدر وان كان اقل من القيمة فلا يجبر المرتهن على تسليم الرهن ذكره
تاج الشريعة هلك اي الرهن عند الراهن قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن وان
وصلته تصرف فيه من قبل بان استخدم او ركب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى
الوفاق فلا يضمن خلافاً [illegible] وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق
لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان وجنايته اي
المرتهن عليه اي الرهن تسقط من دينه اي المرتهن بقدرها اي الجناية لانه اتلف ملك غيره
فلزمه ضمانه واذا لزمه وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي لان
ما زاد على قدر الدين من القيمة كان امانة وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة
الوديعة اذا اتلفها المودع يلزمه الضمان كذا في غاية البيان وجناية الرهن عليهما اي على احدهما
والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطاء في النفس او فيما دونها او

ما يوجب القصاص فهو معتبر بالجناية على الأجنبي كذا في النهاية أما كون جناية على الراهن هدرا فلأنها
جناية المملوك على مالكه وهي فيما يوجب المال هدر لأنه المستحق ولا يثبت الاستحقاق في
له عليه وأما كون جنايته على المرتهن هدرا فلأن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير
أي التخليص عنها لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص
عليه رهن عبدا يعدل ألفا بألف مؤجل فصارت قيمته مائة فقتله حر فغرم مائة وحل الأجل
أخذ المرتهن المائة من حقه وسقط باقيه وهو تسعمائة لأن نقصان السعر لا يوجب
نقصان الدين لأنه عبارة عن فتور رغبات الناس بخلاف نقصان العين فإذا كان الدين
باقيا ويد المرتهن يد الاستيفاء صار مستوفيا للكل من الابتداء ولو باعه بمائة
أي باع المرتهن العبد بأمر الراهن بها وقبضها رجع بما بقي وهو تسعمائة لأن الراهن
إذا باعه صار كأنه استرده وباعه بنفسه يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر
ما استوفى فكذا هنا فإن قتل أي قتل عبدا يعدل ألفا عبد يعدل مائة فدفع به فك
أي الراهن بكل دينه لأن العبد الثاني قائم مقام الأول فصار كأن الأول قائم وتراجع
سعره جنى أي العبد المرهون يعني رهن رجل رجلا عبدا قيمته ألف درهم بألف
درهم وأقل منه فقتل قتيلا خطأ فداه مرتهنه لأن ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله
في ضمانه ودينه مستوفى قيمته فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فإن فداه
أصلح رهنه وكان دينه على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان ولم يرجع
على الراهن بشيء من الفداء لأن العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية
الضامن فلو رجع على الراهن رجع الراهن عليه فلا يفيد ولا يدفعه أي ليس
للمرتهن أن يدفعه إلى ولي الجناية لأنه لا يملك التمليك فإن أبى أي امتنع المرتهن من الفداء أو فداه ض
دفعه الراهن فيسقط الدين أي يقال للراهن ادفع العبد أو افده بالدية فإن دفع
أو فدى سقط دين المرتهن وأخذ الراهن العبد وبطل الرهن إن لم يكن أي الدين أكثر
من قيمته أي قيمة الرهن بل يكون مساويا أو أقل منها وأما إذا كان أكثر فسقط
من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط الباقي مات الراهن باع وصيه الرهن

و

وقضى الدين لأنه قائم مقامه فإن لم يكن له وصي نصب أي وصيا ليبيعه أي نصب القاضي
هذا الوصي بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه فوقف على رضى الآخرين
ولهم رده لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي لأن موجب عقد الرهن ثبوت
يد الاستيفاء للمرتهن حكما فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي كذا في الكافي فإن قضى
دينهم أي دين سائر الغرماء قبل الرد أي قبل أن يرده نفذ لزوال المانع وهو حق
بقية الغرماء ولو انفرد الغريم أي إن لم يكن للميت إلا غريم واحد جاز هذا الرهن
اعتبارا بالإيفاء الحقيقي وبيع في دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده وإذا
ارتهن أي الوصي بدين للميت على آخر جاز لأنه استيفاء حكما وهو يملكه كذا في
رهن الوصي تفصيله يأتي في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى فصل رهن
عصير قيمته عشرة بها أي بعشرة فتخمر وتخلل وهو يساوي العشرة
بقي رهنا بها أي العشرة وكان ينبغي أن يبطل الرهن إذ بالتخمر خرج من كونه
صالحا للإيفاء إذ لم يبق مالا متقوما وإنما لم يبطل لأنه بصدد أن يعود
بالتخلل ولهذا إذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لا يبطل البيع لاحتمال صيرورته
خلا فكذا هذا أو رهن شاة كذلك أي قيمتها عشرة بعشرة فماتت بلا ذبح فدبغ
جلدها فساوى درهما فهو أي الجلد رهن به أي بدرهم لأن الرهن يتقرر بالهلاك
فإذا أصلح بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل
القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض
والمنتقض لا يعود وقيل يعود البيع أيضا نماء الرهن كولده ولبنه وصوفه
وثمره للراهن لتولده من ملكه وهو رهن مع أصله لأنه تبع له والأتباع حق لازم فيسري
إليه فإن هلك مجانا أي إن هلك هلك بلا شيء لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل
لعدم دخولها تحت العقد مقصودا وإن بقي أي النماء وهلك الأصل فك بقسطه
أي افتكه الراهن بقسطه يقسم الدين على قيمته أي قيمة النماء يوم الفكاك بالفتح والكسر
وقيمة الأصل أي أصل الرهن يوم القبض لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض

الدين بيان

والزيادة تصير مقصودة بالانفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا كان
مقصودا كالولد المبيع فانه قبل القبض لا حصة له من الثمن فاذا قبضه المشتري
وصار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن ويسقط من الدين حصته الاصل
اي ما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وفك النماء
بحصته اي ما اصاب النماء افتكه الراهن به الزيادة تصح في الرهن مثل ان يرهن
ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة
لا للدين مثل ان يقول الراهن اقرضني خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذي
عندك رهنا بالالف والفرق ان الاصل المقرر بينهم ان الالحاق باصل العقد
انما يتصور اذا كان الزيادة في المعقود عليه والمعقود به فالزيادة في
الدين ليست شيئا منهما اما كونها غير معقود عليه فظ واما كونها غير معقود به
فلوجوده بسببه قبل الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن
محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده رهن عبدا يساوي الفا فدفع
مثله اي عبدا يساوي الفا رهنا بدله فهو اي الاول رهن حتى يرد الى الراهن
والمرتهن امين في الثاني حتى يجعله مكان الاول لان الاول دخل في ضمانه بالقبض
والدين فلا يخرج عنه ما بقيا الا بنقض القبض فلو كان الاول في ضمانه لا يدخل
الثاني فيه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط
تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان
فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة كما عرف وقبض
الامانة ينوب عن قبض الامانة ابراء المرتهن دينه فهلك اي قبل رد الرهن الابراء او وهبه
له فهلك الرهن في يد المرتهن بلا منع عن صاحبه هلك مجانا استحسانا وقال زفر يضمن
قيمته للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى كذلك ما بقي القبض وجه
الاستحسان ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار
الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم

٢٠ زوائد

بزوال احدهما ولهذا لو رد الرهن سقط الضمان لعدم القبض وان بقي الدين وكذا
اذا ابراء عن الدين سقط الضمان لعدم الدين وان بقي القبض ولو استوفاه اي المرتهن
دينه بالتمام او بعضه بايفاء الراهن او متطوع او شرى به عينا اي بالدين
او صالح عنه اي عن الدين على عين او احاله غريمه بدينه على آخر فهلك في يده اي
المرتهن هلك بالدين لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء وخصوصا لما تقرر ان
الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن لا استيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب
مطالبة مثله فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء فانتقض الاستيفاء الثاني فرد
ما قبض لما ادى في صورة ايفاء الراهن والمتطوع او الشراء او الصلح
وبطلت الحوالة وهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال
عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا
كذا اي كما يهلك الرهن بالدين في الصورة المذكورة يهلك به ايضا اذا هلك بعد
تصادقهما على ان لا دين لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد
تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لانه يسقطه **كتاب الغصب**
اورده عقيب كتاب الرهن لان في الاول حبس الشيء حقا وفي الثاني حبسا بغير حق
وهو لغة اخذ الشيء من الغير بالتغلب متقوما او لا يقال غصب زوجة فلان وحر
فلان شرعا اخذ مال وهو بمنزلة الجنس متقوم احتراز عن الخمر محترم احتراز عن مال
الحربي فانه غير محترم من يد مالكه بلا اذنه احتراز عن اخذه باذنه واشارة الى ان
ازالة يد المالك معتبرة في الغصب عندنا وعند الش فهو اثبات اليد العدوان
عليه وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان
فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد ومضمونة عنده لاثبات اليد
فالحاصل ان المعتبر في الغصب عندنا ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة
وعند الش فهي المعتبر هو الثاني فقط لا خفية احتراز عن السرقة فاستخدام العبد

يتعذر يعني كلما طلب الراهن عين دينه طلب المديون عين ما ادى الاول طلب الدين فلا ينقطع المطالبة من الجانبين كما قررنا

كذا في ... الهداية وغيره

وتحميل الدابة اي وضع الحمل عليها غصب لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة
وعند ... فهي فيهما لا جلوسه على البساط لعدم ازالة اليد بالاستيلاء اذ لم يوجد منه النقل
والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن اخذا عن يده وحكمه الاثم
لمن علم انه مال الغير ورد العين قائمة والغرم هالكة ولغيره اي لغير من علم الاضرار
لانه حق الغير فلا يتوقف على علمه ولا اثم لانه خطاء وهو مرفوع بالحديث ويجب المثل
في المثلي كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم المراد بالمثلي ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت بين اجزائه يعتد به
والا يكون كذلك فهو قيمي ثم المثلي قد يكون مصنوعا بحيث يخرجه الصنعة عن
المثلية لجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقمة والقدر والابريق فيكون قيميا وقد يكون
مصنوعا بحيث لا يخرجه الصنعة عن المثلية لبقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم
المضروبة فان انقطع اي المثل فقيمته يوم الخصومة وعند ابي يوسف يوم الغصب والدنانير
وعند محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر
قيمته يوم انعقاد السبب لانه الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما
ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة
ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد مثله فله
ذلك وبقضاء القاضي ينتقل فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء وتجب
القيمة في القيمي كالعروض والحيوان والعددي المتفاوت يوم غصبه
لانه مطالب بالقيمة حين غصب فتعتبر قيمته عند ذلك فان ادعى اي
الغاصب الهلاك حبس حتى يعلم انه اي المغصوب لو بقي لظهر ثم قضي عليه بالبدل
لان حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق كما اذا
ادعى المديون الافلاس فلو برهن هو اي المالك انه مات عند غاصبه وقلب الغاصب
اي برهن انه مات عند مالكه فبينته اي بينة الغاصب اولى عند محمد لان وجوب
الضمان بالغصب ثابت ظاهرا واثبات الرد عارض والبينة لمن يدعي خلاف

الظاهر وبينة المالك اولى عند ابي يوسف لان حاصل اختلافهما في الضمان
وفي بينته اثباته وهو اي الغصب انما يتحقق فيما ينقل ويحول لما عرفت
انه ازالة المالك عن يد مالكه باثبات اليد عليه ولا يمكن تحققهما الا في المنقول لا العقار
الذي لا ينقل ولا يحول فلو اخذ عقارا وهلك في يده بان غلب السيل على الارض
فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب
بالبناء لم يضمن لانتفاء شرطه وهو الغصب وقال محمد [illegible]
وفصوليها الاصح انه يضمن بالبيع والتسليم والجحود في الوديعة يعني اذا كان
العقار وديعة عند محمد كان ضامنا بالاتفاق وبالرجوع عن الشهادة
بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا وضمن فيهما اي
العقار والمنقول ما نقص بفعله ضمن بفعله متعلق بنقص وكان هذا
بيان الضمان في العقار العبارة الصادرة عن المشايخ ما ذكرنا وبين شراح
الهداية وغيرهم الفعل بالهدم والسكنى بالسكنى المخصوصة وهي ان تكون
مقارنة بعمل يفضي الى انهدام البناء كالحدادة والقصارة حتى قالوا في
شرح قول الهداية ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله انما
قيد بعمله لانه اذا انهدمت الدار بعدما غصب وسكن فيها بلا سكناه
وعمله بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف فظهر ان بلا عمله
مرادهم ببيان سبب النقص لا ما يوجبه ابتداء وهو الهدم والكلام يفضي
اليه بالآخرة وهو السكنى الخاصة وقد غير صاحب الوقاية هذه العبارة
فقال وما نقص بفعله وسكناه فلزم عليه ان السكنى ان وإن تقدم
قيدت بالعمل الموهن لم يبق للتسكين وان اعني الهدم تعرض والا لزم
كون السكنى المجردة عن العمل الموهن سببا للضمان وقد عرفت ان الدار
مع السكنى اذا انهدمت بآفة سماوية ليس فيه ضمان وعندي نسخة
منقولة من خط المص وكانت العبارة المكتوبة فيها اولا كما في الهداية

وغيرهما ثم غيرهما وتبعه صدر الشريعة والصواب يوافق الهداية وزرعه فان
الارض المغصوبة اذا انتقصت بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض
او باجارة عبد غصبه عطف على بفعله وبيان للضمان في المنقول اي ضمن
ما نقص باجارة عبد غصبه محصل له في مدة الاجارة نقص بسبب استغلاله كما في البيع
يعني اذا انتقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل ان يقبضه
المشتري لا يضمن البائع شيئا من النقصان حتى لا يسقط شيء من الثمن وان محى النقصان
ورد اجر السعر او اجارة في مكان الغصب يعني اجارة الغاصب المغصوب
مالكه بعد نقصان السعر فان كان الرد في مكان الغصب فلا ضمان عليه
لانه راجع بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيتخير المالك بين اخذ
القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان ليرده لان النقصان
حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلتزم الضرر ويطالبه
بالقيمة وله ان ينتظر وتصدق باجره عطف على ضمن اي اذا غصب عبدا
مثلا واجره واخذ اجرته فنقص بالاستعمال وضمن ما نقص تصدق بباقي
اخذه عند ابي حنيفة ومحمد واصله ان الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعي
لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذي جعل منافع
العبد مالا بعقده فكان هو اولى ببدلها ويؤمر ان يتصدق بها لاستفادته بسبب
خبيث وهو التصرف في مال الغير واجر مستعاره اي استعار شيئا واجره واخذ
اجرته فهلك ويجب عليه تصدقه لما ذكر وربح اي تصدق ايضا بربح حصل
بالتصرف في مودع و مغصوب متعينا بالاشارة او بالشراء بدراهم الوديعة
او الغصب ونقدها فان اشار اليها ونقد غيرها او الى غيرها او اطلق ونقدها
يعني ان المودع او الغاصب اذا تصرف في الوديعة او المغصوب وربح
يتصدق به عند ابي حنيفة ومحمد وهذا اوضح فيما يتعين بالاشارة
اليه كعروض ونحوها لان العقد يتعلق به حتى لو هلك قبل القبض بطل البيع

فيستفيد

فيستفيد الرقبة واليد في المبيع بملك خبيث فيتصدق به اما فيما لا يتعين
كالدراهم والدنانير فقد ذكر في الجامع الصغير اذا اشترى بها فانه يتصدق بالربح
فظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به اذا اشار اليها ونقد منها واما اذا
اشار اليها ونقد من غيرها او اطلق ونقد منها او اشار الى غيرها ونقد منها ففي كل ذلك
يطيب له لان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتأكد بالنقد
منها وبه كان يفتي الامام الفقيه ابو الليث وفي الكافي قال مشايخنا لا يطيب له بكل حال
ان يتناول من المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار
لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة اجره اي الغاصب المغصوب فاجاز مالكه في المدة
فعند ابي يوسف اجر ما مضى قبل الاجازة وما بقي لمالكه لان الغاصب فضولي في حقه
وعند محمد ما مضى لغاصبه لانه العاقد وما بقي لمالكه لانه فضولي في حق مالكه
كذا اي على هذا الخلاف لو اجره فاستحق في المدة واجازه المستحق لانه كالمالك
اي جعل مالا وغيره اي المغصوب احترازا عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب
زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه
فزال اسمه وفات اعظم منافعه احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فان ملك مالكها لم
يزل بالملك المجرد اذ لم يزل اسمها حيث يقال شاة مذبوحة وانما لم يقل
واعظم منافعه لان من قال قصد تناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان
المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها يزول بالطحن ولا
حاجة الى ان يقول زال اسمه مغنيا عنه لانه يلزمه او اختلط اي المغصوب
بملك الغاصب ولم يتميز اصلا كاختلاط برة ببرة او شعيرة بشعيرة او لم يتميز
الا بحرج كاختلاط برة بشعيرة او بالعكس ضمنه اي الغاصب المغصوب وملكه
اما الضمان في صورة التغيير وزوال الاسم فلكونه متعديا واما الملك فلانه احدث
صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وكذا قيمة الحنطة تزداد بجعلها
دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه حتى تبدل الاسم وفات اعظم

الظاهر انه هو المالك اذ الكلام في استحقاق الملك عزمي زاده

الغاصب نح

المنافع وحق الغصب في الصنعة قائم من كل وجه فيكون راجحا على الهالك من وجه
على ما تقرر في الاصول ان الترجيح اذا تعارضا كان الترجيح بالذات احق منه بالحال
واما الضمان في الاختلاط فلكونه متعديا فيه ايضا واما الملك فلئلا يجتمع البدلان
في ملك المغصوب منه بلا حل متعلق بملكه قبل الرضاء اي رضى المالك اما باداء بدله
او ابرائه او تضمين القاضي وهذا استحسان والقياس الحل لان ملكه ثبت بكسبه
والملك يجوز للتصرف بلا توقف على رضا غيره ولهذا لو وهبه او باعه صح وجه الاستحسان
قوله عم في الشاة المذبوحة المصلية بلا رضى صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر
بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء حسما
لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في البيع الفاسد
كذبح شاة وطبخها او شيها وطحن بر او زرعه وجعل حديد سيفا والبناء
على ساجة وهي شجر عظيم جدا ولا ينبت الا ببلاد الهند وان ضرب الحجرين دراهما
او دينارا او اناء فلمالكه بلا شيء لان العين باق من كل وجه ومعناه الاصلي
الثمنية وكونه موزونا وهما باقيان حتى جرى فيه الربوا باعتبارهما فذبح شاة غيره
طرحها اي ذلك الغير الشاة عليه اي الذابح واخذ قيمتها او اخذها اي الشاة
المذبوحة يعني ان المالك مخير ان شاء ضمنه قيمتها وسلم الشاة اليه وان شاء
اخذها وضمنه نقصانها لانه اتلاف من وجه لفوات بعض المنافع كالحمل
والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم ان كانت الدابة غير ماكول اللحم
فقطع الغاصب طرفها يضمنه المالك جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من
كل وجه كذا لو خرق ثوبا وفوت بعضه وبعض نفعه يعني ان المالك مخير فيه ايضا
ان شاء ضمن الغاصب كل قيمة ثوبه وكان الثوب للغاصب وان شاء اخذ الثوب
وضمنه النقصان لما ذكر ولو فوت كله ضمن اي الغاصب كلها اي كل القيمة
وفي خرق يسير نقصه بلا تفويت شيء منه ضمن ما نقص واخذ رب الثوب
ثوبه لان العين قائم من كل وجه بنى في ارض غيره او غرس قلعا اي البناء والغرس

و

وردت لان الارض لا تغصب حقيقة فيبقى فيها حق المالك كما كان والغاصب جعلها
مشغولة فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعامه وللمالك اي الارض ان يضمن له
اي للباني او الغارس قيمته بطريق معرفة قيمتها بقوله فيتقوم اي الارض بدونهما
اي بدون البناء والغرس ومع احدهما حال كونه مستحق القلع فيضمن الفضل فان قيمة
الشجر والبناء المستحق القلع اقل من قيمته مقلوعا فقيمة المقلوع اذا نقصت
منها اجرة القلع كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت قيمة الارض مائة
وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم بقي تسعة دراهم فالارض مع هذا الشجر
يقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة هذا اذا كانت قيمة الساحة
اكثر من قيمة البناء او الغرس واذا عكس فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة
فيأخذها اي الساحة كذا في النهاية حمر الثوب الذي غصبه او صفر او لت السويق
الذي غصبه بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه اي الثوب حال كونه ابيض
يعني اخذ منه قيمة ثوب ابيض ومثل سويقه وسلمها الى الغاصب لانه من المثليات
او اخذهما اي الثوب والسويق وضمن ما زاد الصبغ والسمن لان الصبغ
مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لا يسقط حرمة ماله وتجب صيانتهما
ما امكن وذا في ايصال معنى مال احدهما اليه وابقاء حق الاخر في عين ماله
وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل
والغاصب صاحب وصف وان سود اي الغاصب ضمنه اي المالك ابيض
او اخذه ولا شيء للغاصب من اجرة التسويد لانه نقص فصل
غيب اي الغاصب ما غصب وضمن قيمته ملكه اي الغاصب ملكا مستندا
الى وقت الغصب وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب عدوان محض فلا يكون
موجبا للملك لانه حكم شرعي فيستدعي سببا مشروعا ولنا ان المالك ملك بدل
المغصوب بكماله اي رقبة ويدا فوجب ان يخرج المغصوب عن ملكه لئلا يجتمع
البدلان والمبدل في ملك شخص واحد فوجب ان يدخل في ملك الغاصب والا لزم

ثبوت الملك بله ماكر وصدق اى الغاصب في قيمته اى المغصوب بيمينه ان لم برهن
المالك للزيادة يعني ادعى المالك زيادة قيمة المغصوب وانكرها الغاصب فان
برهن المالك قبل وان صدق الغاصب بيمينه في نفي الزيادة كما في سائر الدعاوى
فان ظهر اى المغصوب وهى اى والحال ان قيمته اكثر مما ضمن الغاصب وقد ضمن
بقوله مع يمينه اخذه اى اخذ المالك المغصوب ورد عوضه او امضى اى المالك الضمان
لان رضاه بهذا القدر لم يتم حيث ادعى الزيادة وانما اخذ دونها لعدم البينة ولو ضمن
الغاصب بقوله اى بقول المالك او بحجته اى بحجة المالك او بنكوله اى الغاصب فهو له اى
للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضى بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعى هذا القدر فقط نفذ بيع
غاصب ضمن بعد بيعه لا اعتاقه كذلك اى اذا ضمن بعد الاعتاق لان الملك الثابت
للغاصب ناقص لثبوته مستندا اذ الثابت مستندا ثابت من وجه دون وجه و
الملك الناقص يكفي لنفاذ البيع دون العتق زوائد المغصوب مطلقا
اى سواء كانت متصلة كالسمن في الحيوان او منفصلة كالثمر والولد لا تضمن
الا بالتعدي والمنع بعد الطلب لانها امانة وحكمها هذا وما نقصت
الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها اى اذا ولدت الجارية المغصوبة
ولدا كان النقصان مضمونا على الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به
جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب والا فيسقط بحسابه
زنى بامة غصبها فحبلت فردت حاملا فولدت فماتت ضمن قيمتها
لانه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها
ذلك فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها او دفعت
بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة يعني اذا
زنى بها رجل مكرهة فحبلت فماتت في نفاسها فانها لا تضمن بالغصب
ليبقى عند فساد الرد ضمان الاخذ زنى بها اى بامة غصبها والمتولد ما
اى حبلت منه وادعى شبه النسب بعد ارضاء المالك لان التضمين فمن لم احق

فقيمتها

١

التضمين او شبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت به غير امرأته والولد رقيق
لان الحرية لا تثبت بالشبهة كذا في الكافي المنافع كركوب الدابة وسكنى الدار
واستخدام المملوك لا يضمن بالغصب والاتلاف وصورة غصب المنافع ان
يغصب عبدا مثلا ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده وصورة
اتلاف المنافع ان يستعمل العبد شهرا ثم يرده على سيده كذا في الكافي بل يضمن ما نقص
باستعماله فيغرم النقصان الا ان يكون اى المغصوب استثناء من قوله لا يضمن وقفا
او مال يتيم فان منافعهما يضمن كذا في العمادية وغيرها ولا يضمن اتلاف خمر المسلم وخنزيره اى
المسلم ذمى وفي بيع الخمر والخنزير فاتلفهما اخر لانهما ليسا بمال في حق المسلم بخلاف ما
للذمي من الخمر والخنزير حيث يضمنها بالاتلاف لانهما مال في حقه غصب خمر مسلم
فخللها بغير متقوم كالنقل من الظل الى الشمس ومنها اليها وجلد ميتة فدبغه به
اى بغير متقوم كالتراب والشمس اخذهما المالك مجانا اذ ليس فيهما متقوم للغاصب
وكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب ولو اتلفهما
ضمن الخل بلا فرق ملك الغير ولو خللها بمتقوم كالملح ملكه اى الغاصب الخل
ولا شيء للمالك عليه اى الغاصب لان الخمر لم يكن متقوما والملح مثلا
متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شيء ولو دبغه به اى بمتقوم
كالقرظ والعفص ونحوهما الجلد اخذه المالك ورد ما زاد الدبغ اذ بهذا
الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فترجح جانب
الغصب لو اتلفه لا يضمن لانه لم يتلف مال الغير ضمن بكسر معزف
وهو آلة اللهو كبربط ومزمار ودف وطنبور وطبل قيمته صالحا لغير اللهو
ففي الطنبور يضمن الخشب المنحوت ونحوه الباقي ويضمن باراقة
سكر ومنصف وقد مر معناهما في كتاب الاشربة قيمتهما لا المثل لان
المسلم ممنوع من تملك عينهما ولو كان فعل جاز وان اتلف صليبا لنصراني
ضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم وهو مقر عليه فلا يجوز التعرض له

مطلب ضمن بكسر معزف قيمته صالحا لغير اللهو

وبجوز بيعها اي بيع هذه المذكورة وقالا لا يضمن ولا يصح بيعها وقيل الخلاف
في الدف والطبل الذين يضربان للّهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح
ضربه في العرس فيضمنها بالاتلاف لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية
فبطل تقومها كالخمر وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه
الانتفاع وان صلحت لما لا يحل ايضا وصارت كالامة المغنية ونحوها
كالكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي
حيث يجب فيها القيمة غير صالحة لهذه الامور والفتوى على قولهما
لكثرة الفساد فيما بين الناس كذا في الكافي حل قيد عبد الغير او حل
رباط دابته او فتح اصطبلها اي للدابة او فتح قفص طائره فذهبت
هذه المذكورة او في الدابة والقفص خلاف لمحمد او سعى الى سلطان
بمن يؤذيه لا يدفع اذاه الا بدفع الي او سعى اليه من يفسق ولا يمتنع عن الفسق
بنهيه اي نهي الساعي او قال عند سلطان قد يغرم وقد لا مقول القول
قوله انه وجد مالا فغرم لا يضمن في هذه الصور لانتفاء التسبيب
وتخلل فعل مختار ولو غرم قطعا يضمن لوجود التسبيب كذا اي يضمن الساعي
لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له عن السعاية وبه يفتى امر عبد غيره بالاباق
او قال اقتل نفسك ففعل اي ابق وقتل نفسه وجب عليه اي الآمر
قيمته ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن لانه بامره بالاباق
او القتل صار غاصبا لانه استعمله في ذلك الفعل اما بالامر بالاتلاف
فلا يصير غاصبا وانما يصير غاصبا للعبد والعبد المغصوب قائم
لم يهلك وانما التلف بفعل العبد كذا في العمادية استعمل عبد الغير
لنفسه كان يقول له ارتق هذه الشجرة وانثر الثمرة لتأكل انت وانا
وان لم يعلم انه عبد او قال ذلك العبد ابي خ ضمن قيمته ان هلك لانه
استعمله في منفعته ولو استعمله لغيره كان يقول ارتق الشجرة وانثر الثمرة

لتأكل انت لا اي لا يضمن لانه لم يصر به غاصبا كذا في العمادية والله تعالى اعلم

كتاب الاكراه

وجه المناسبة بينه وبين كتاب الغصب
ظ وهو لغة حمل الفاعل على امر يكرهه وشرعا حمل الغير على فعل اعم من اللفظ
وعمل سائر الجوارح مما يتعلق بالحمل وهو اعم من القتل واتلاف العضو
والحبس او الضرب والقيد يعدم رضاه به اي رضاء الغير بذلك الفعل لا اختياره
اي لا يعدم اختياره لكنه اي ما يعدم الرضاء قد يفسده اي يفسد
الاختيار وقد لا اي لا يفسده فالحاصل ان عدم الرضاء معتبر في
جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت في جميع صوره لكن في بعض
الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسده **اقول** هذا هو
المسطور في جميع كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة في التنقيح
وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضاء
مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم
للرضاء غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال في الوقاية هو فعل يوقعه
بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل الشيء قسيما
لما لا يخفى على من يعرف القسم والقسيم والعجب ان صدر الشريعة بعد ما قال
فيه ذلك قال في شرح الوقاية ثم الاكراه نوعان احدهما ان يكون مفوتا
للرضاء وهو ان يكون بالحبس او الضرب والثاني ان يكون مفسدا للاختيار
وهو ان يكون بالقتل وقطع العضو ففوت الرضاء اعم من فساد
الاختيار ففي الحبس او الضرب يفوت الرضاء ولكن الاختيار الصحيح باق
وفي القتل لا رضاء ولكن له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد ثم قال
وتحقيقه الى آخر ما قال والشجرة تنبئ عن الثمرة مع بقاء اهليته وعدم
سقوط الخطاب عنه لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب الا يرى
انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى وهو دليل

بلا طلاقه م

مطلب في الساعي

لتأكل

تنبيه م ... في التنقيح ... م

قسم م

علله
ردوفي الاختيار رفض من عدم الرضاء
على احقيقه وهاهنا جعل في الاختيار
مقابلا لعدم الرضاء ففيه
المحذور
المذكور م

تحقيق م

الخطاب وبقاء الأهلية وشرطه أربعة أمور الأول قدرة الحامل على تحقيق
ما هدد به سلطانا أو غيره يعني لصا أو نحوه هذا عندهما وعند أبي حنيفة
لا يتحقق إلا من سلطان لأن القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان
قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لأن في زمانه
لم يكن لغير السلطان ما يتحقق به الإكراه فأجاب بناء على ما شاهد وفي زمانهما
ظهر الفساد وصار الأمر إلى كل متغلب فيتحقق الإكراه من الكل والفتوى
على قولهما كذا في الخلاصة والثاني خوف الفاعل على وقوعه أي وقوع
ما هدد به الحامل بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي إليه
من الفعل والمباشرة والثالث كونه أي الفاعل ممتنعا عما أكره عليه لحق ما
أي لحق نفسه كبيع ماله وإتلافه وإعتاق عبده أو لحق شخص آخر
كإتلاف مال الغير أو لحق الشرع كشرب الخمر والزنا ونحوهما والرابع كون
المكره به متلف نفس أو عضو أو موجب غم يعدم الرضاء وهذا أدنى
مراتبه وهو أيضا متفاوت بحسب الأشخاص كما يأتي وهو أي الإكراه
إما ملجئ يفسد الاختيار لو كان بإتلاف نفس أو عضو وإما غير ملجئ
لا يفسده لو بحبس أو قيد مديد أو ضرب بشديد في المبسوط الحد
في الحبس الذي هو إكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب الذي
هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا
ينقص منه لأن المقادير لا تكون بالرأي ولكنه على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع إليه
بخلاف حبس يوم أو قيده أي قيد يوم أو ضرب غير شديد فإنها لا تكون
إكراها إذ لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا إلا الذي جاه يعني إنها تكون
إكراها لرجل له جاه وعزة لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد لغيره فيفوت
به الرضا فبالأول يعني الملجئ رخص أكل ميتة ودم ولحم خنزير وشرب خمر
لأن حرمة هذه الأشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مباحة

على أصل الحل لقوله تعالى إلا ما اضطررتم إليه فإنه استثنى حالة الضرورة
والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا والاضطرار يحصل بالإكراه الملجئ
وبالصبر على القتل أثم في هذه الصور كما في المحيط لأنه لما أبيح كان
بالامتناع معاونا لغيره على إهلاك نفسه ورخص أيضا تلفظ كلمة كفر
وقلبه مطمئن بالإيمان لحديث عمار بن ياسر حيث ابتلي به وقال النبي صلى الله
عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالإيمان فقال عم فإن عادوا فعد
وفيه نزل قوله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان وبالصبر عليه أي على
القتل في هذه الصور أجر أي صار مأجورا إن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لأن
خبيبا رضي الله تعالى عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم
سيد الشهداء ورخص أيضا إتلاف مال مسلم لأن إتلاف مال الغير يستباح
للضرورة كما في المخمصة وقد ثبت ولكن صاحب المال ضمن الحامل لأن
الفاعل آلة للحامل فيما يصلح آلة له والإتلاف من هذا القبيل بأن يلقيه
عليه لا قتله عطف على إتلاف أي لا يرخص قتل مسلم بل يصبر على أن
يقتل فإن قتله كان آثما لأن قتل المسلم لا يستباح للضرورة ثم الا
يعلم أنه لو لم يقتله قتل يقاد في العمد الحامل فقط عند أبي حنيفة ومحمد لأن الفاعل
يصير آلة له وقال أبو يوسف لا يقاد واحد منهما للشبهة وقال زفر يقاد الفاعل
لأنه مباشر وقال الشافعي يقاد كل منهما الفاعل بالمباشرة والحامل بالتسبيب ولا
يرخص بالأول زنى الرجل لأنه كالقتل لأن ولد الزنى هالك حكما لعدم من يربيه
فلا يستباح للضرورة كالقتل ولكن لا يحد استحسانا يعني إذا لم يرخص زناه بالإكراه
كان مقتضى القياس أن يحد لأن انتشار الآلة دليل الطواعية ولكن لا يحد
استحسانا فإن انتشار الآلة لا يدل على الطواعية إذ قد يكون طبعا كما في النائم
وبالثاني عطف على بالأول يعني بإكراه غير ملجئ لا أي لا يرخص الأمور المذكورة لكنه
أي الثاني من الإكراه أسقط الحد في زناهما وإن لم تكن مكرهة فلا أقل من الشبهة

كذا في الخانية لا زناه اي لا يسقط الحد في زناه لان اكراه الملجئ لم يكن رخصة في حقه
كما كان في حق المرأة حتى يكون غير الملجئ شبهة لتندرئ الحد ثم فات المكره قوله يعني
ان الاصل ان التصرفات القولية للمكره سواء كان مكرها او بالغير تنعقد
عندنا كما في البيوع الفاسدة وما يحتمل الفسخ ينفسخ ان فسخ المكره وما لا يحتمله فلا
ينفسخ الا قرار وهو ما يحتمل الفسخ كبيعه وشرائه واجارته وصلحه وابرائه مديونه
او كفيله وهبته فانه اذا اكره على واحد منها باحد نوعي الاكراه خير الفاعل بعد زوال
الاكراه ان شاء امضاه وان شاء فسخ لان الاكراه مطلقا يعدم الرضاء
والرضاء شرط صحة هذه العقود فيفسد بفواته والاقرار فانه خبر يحتمل الصدق
والكذب وانما صار حجة لرجحان جانب الصدق والاكراه دليل على كذبه فيما يقر
قاصدا على دفع الشر عن نفسه ويملكه اي المبيع بالاكراه المشتري ان قبض
كما في سائر البيوع الفاسدة فيصح اعتاقه اي اعتاق المشتري لكونه ملكه
ولزمه اي المشتري قيمته لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد فان قبض اي البائع
المكره الثمن او سلم المبيع طوعا قيد للمذكورين نفذ اي البيع لوجود الرضاء
وان قبضه اي الثمن مكرها لا اي لا ينفذ لعدم الرضاء ورده اي رد البائع
الثمن الذي قبضه مكرها ان بقي في يده ولم يضمن ان هلك لان الثمن كان
امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري في القبض اذا كان باذن المالك
فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه له لكونه مكرها على قبضه
فكان امانة كذا في الكافي بخلاف ما اذا اكره على الهبة بلا ذكر الدفع فوهب
ودفع حيث يكون فاسدا اي يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة
بناء على اصلنا بان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع والاكراه على البيع
ليس اكراها على التسليم وهلك المبيع في يد من غير مكره والبائع مكره ضمن
ضمن اي المشتري قيمته للبائع لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا
عليه كما في وله اي للبائع ان يضمن ايهما شاء من الحامل والمشتري كالغاصب

بالملجئ م

و

وغاصب الغاصب فالمكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن الحامل
رجع على المشتري بقيمته لانه قام مقام البائع باداء الضمان لان المضمون
يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وان ضمن احد المشترين فضمانه
وقد تداولته الايدي نفذ كل شراء كان بعده اي بعد شرائه لانه ملكه
باداء الضمان فصار كانه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان قبله لان استناد ملكه
المشتري الى وقت قبضه بخلاف ما لو اجاز المالك المكره عقدا منها حيث
ينفذ ما كان قبله وبعده لان المانع من النفاذ حقه فيعود الكل جائزا
والنكاح وهو ما لا يحتمل الفسخ كنكاح وطلاق واعتاق وسائر امثاله
فان هذه العقود تصح عندنا مع الاكراه قياسا على صحتها مع الهزل
وعند الشافعي لا يصح ورجع اي الفاعل على الحامل بنصف المسمى
في الطلاق ان لم يطأ وكان المهر مسمى في العقد وان لم يسم فيه رجع عليه
بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها
بمعصيته كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا
للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى الحامل والتقرير كالايجاب فكان متلفا
له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق ورجع
الحامل على الفاعل بقيمة العبد في الاعتاق لانه تصلح آلة له فيه من حيث الاتلاف
فما يضاف اليه فلانه يضمنه موسرا كان او معسرا لكونه ضمان اتلاف ولا
يرجع الحامل على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه ونذره فانه اذا اكره
على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من الثلاثة
التي هزلهن جد ولا يرجع على الحامل بما لزمه اذ لا مطالب في الدنيا ويمينه
وظهاره حيث لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ ورجعته
وايلائه وفيئه فيه اي في الايلاء باللسان بان يقول فئت اليها
فانها لما صحت مع الهزل صحت مع الاكراه ايضا واسلامه فانه

وهو الغصب م

قوله ولا ينفذ ما كان قبله اي قبل شرائه قوله فيعود الكل جائزا [illegible] ذكر المشتري [illegible] جلال الدين [illegible] ولا شفيع فباع المشتري [illegible] واجاز الشفيع [illegible] العقود [illegible] يكون للكل بخلاف الغصب [illegible] وثمة تنفسخ البيوع [illegible] فانه يجوز ما اجازه [illegible] العقود [illegible]

قوله [illegible] صاحب الدرر [illegible] القصاص والعفو عن [illegible] مذكورة في كلام [illegible] من جهتها [illegible]

الكلام م

اذا اكره عليه صار مسلماً اذ وجد احد الركنين قطعاً وفي الآخر احتمال فرجحنا
جانب الوجود احتياطاً بخلاف ما لو رجع يعني اذا اسلم بالاكراه ثم رجع عنه لا يقتل
لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره اصلياً فلا
يكون مرتداً ولا يعتبر ردته لانها تتعلق بالاعتقاد الا يرى انه لو نوى ان يكفر
يصير كافراً وان لم يتكلم به فالاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد فلا تبين
عرسه لعدم الحكم بالردة صادره السلطان اي طلب منه مالاً بالاكراه ولم يعين
بيع ماله لم يقل بع مالك واعط ثمنه فباع صح اي ذلك البيع لعدم الاكراه بالنظر
اليه كذا في الخلاصة خوفها اي المرأة الزوج بالضرب حتى وهبت مهرها لم تصح
الهبة ان قدر اي الزوج على الضرب لوجود الاكراه

كتاب الحجر

هو لغة المنع مطلقاً وشرعاً منع نفاذ التصرف القولي خصه بالذكر لان الحجر
لا يتحقق في افعال الجوارح ضرورة ان اثر التصرف القولي لا يوجد في الخارج بل
امر يعتبره الشرع كالبيع ونحوه فاذا لم يوجد في الخارج جاز ان يعتبر عدمه
بخلاف التصرف الفعلي الصادر عن الجوارح فانه لما كان موجوداً خارجياً
لم يجز اعتبار عدمه كالقتل واتلاف المال وان كان سفيهاً فافهم وسببه
الصغر بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزاً
فعقله ناقص فالضرر يحتمل واذا اذن له الولي صح تصرفه لترجح جانب المصلحة
والجنون فانه عدم الافاقة كان عديم العقل كصبي غير مميز وان وجد في بعض
الاوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته واما المعتوه فقد اختلفوا
في تفسيره واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير
الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون والرق فان الرقيق اهل في نفسه
لكنه يحجر رعاية لحق المولى كيلا يبطل منافع عبده باجارة نفسه ولا يملك رقبته
بتعلق الدين به لكن المولى اذا اذن رضي بفوات حقه فلم يصح طلاق صبي ومجنون
مغلوب اما المجنون فلعدم عقله واما الصبي العاقل فكالمجنون والعاقل لا يقف

قوله بخلاف التصرف الفعلي الصادر عن الجوارح اه لان الافعال لا مرد لها ... ضرورة ان ... في الحال كذا في العناية عزمي زاده

قوله كيلا يبطل منافع عبده الخ عبارة الهداية يعني ... فلا ينفذ البيع الذي ... باشره ... كذا الشرح ... اسباب الدعوى ... فيبطل منافعه ... والكفاية ما في العناية عزمي زاده

على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق باعتبار
بلوغه حد الشهوة ولهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينعقدان بمباشرته ولم يصح
لتمحضهما في الضرر ولا اقرارهما لان اعتبار الاقوال بالشرع والاقرار يحتمل الصدق
والكذب فقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فامكن رده فيه ونظراً
لهما وصح طلاق العبد لانه اهل ويوجد المصلحة فيه ليس فيه ابطال ملك المولى
ولا تفويت منافعه فينفذ واقراره في حق نفسه لقيام اهليته لا في حق مولاه
رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكلاهما اتلاف
ماله فان اقر بمال اخر الى عتقه لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال
لقيام المانع هذا اذا اقر المولى بماله واما اذا اقر به فلا يلزمه شيء بعد عتقه
لما تقرر ان المولى لا يستوجب على عبده مالاً ولو اقر بحد او قود عجل ولم يؤخر الى عتقه
لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم ولهذا لم يصح اقرار المولى عليه فيهما اي في
الحد والقود اذا عقد منهم اي المحجورين من يعقله اي يعقل العقد بان
البيع سالب للملك والشراء جالب احترز به عن المجنون المغلوب والصبي الغير المميز
خير وليه بين الفسخ والامضاء واراد بالعقد دائراً بين النفع والضرر خرج
الاتهاب حيث يصح بلا اذن الولي وبخلاف الطلاق والعتاق حيث لا
يصحان وان اذن الولي وان اتلفوا اي المحجورين سواء عقلوا او لا شيئاً
ضمنوا المال لانه لا حجر في افعال الجوارح لان اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد
فان النائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه ضمن وان عدم القصد لكنه
لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا ايسر
وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ لا يحجر حر مكلف بسفه هو خفة تعتري
الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع او العقل مع قيام العقل وقد غلب عرف
الفقهاء على اسراف المال وتبذيره على خلاف مقتضى الشرع او العقل وفسق ودين عند
ابي حنيفة وعندهما وعند الشافعي يحجر على السفيه واذا طلب غرماء المفلس الحجر

عليه بحجره القاضي وبمنعه من البيع والاقرار وعندهما وعند الشافعي يحجر الحر
مفت ماجن هو الذي يعلم الناس الحيل ومتطبب جاهل ومكار مفلس هو الذي
يكاري الدابة ويأخذ الكراء فاذا جاء اوان السفر لا دابة له فانقطع المكتري عن الرفقة
فان حجر كل منهم دفع ضرر العامة فالمفتي الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب
الجاهل ابدانهم والمكاري المفلس يتلف اموالهم فان دابته اذا ماتت في الطريق
وليس له اخرى ولا يمكنه شراء اخرى ولا الاستيجار فيؤدي الى اتلاف اموال الناس
بمعنى المنع عن التصرف حسا قال في البدائع ليس المراد به حقيقة الحجر وهو المعنى
الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف الا يرى ان المفتي لو افتى بعد الحجر واصاب
في الفتوى جاز ولو افتى قبل الحجر واخطأ لم يجز وكذا الطبيب لو باع الادوية
بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد به المنع الحسي
اي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف
والنهي عن المنكر بلغ اي الصبي غير رشيد الرشد عندنا هو الرشد في المال فاذا بلغ
مصلحا لماله لا يحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعي في الدين ايضا لم يسلم
اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي
لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة ولو وصلية صح تصرفه قبله اي لو
تصرف في ماله قبل ذلك نفذ وبعده اي بعد بلوغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه
ولو بلا رشد وقالا لا يدفع حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه يحبس القاضي
المديون ليبيع ماله لدينه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه
الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه وقضى اي القاضي بلا امره
اي امر المديون دراهم دينه من دراهمه لان للدائن ان يأخذه بيده اذا
ظفر بجنس حقه بلا رضى المديون فكان للقاضي ان يعينه وباع دنانيره
لدراهم دينه وبالعكس في القياس لا يجوز كلا الامرين لان الدراهم و
الدنانير متخالفان وجاز استحسانا ووجهه انهما متحدان جنسا في الثمنية

والمالية حتى يضم احدهما الى الآخر في الزكوة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما اما الاول
فظ واما الثاني فلعدم جريان ربوا الفضل بينهما لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد
يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف في سلب عن الدائن ولاية الاخذ
عملا بالشبهين لا اي لا يبيع القاضي عرضه وعقاره لدراهم دينه لان المقاصد
يتعلق بصورها واعيانها وليس للقاضي ان ينظر لغرمائه على وجه يلحق به
الضرر واما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية لا العين فان
افلس ومعه عرض شراه فقبض باذن اي اذن بائعه فبائعه اسوة للغرماء
وان كان قبل القبض فالبائع ان يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا
قبضه المشتري بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبس بالثمن حجر قاض ورفع
الى قاض آخر فاطلقه الثاني جاز اطلاقه وما صنع المحجور في ماله من بيع او
شراء قبل اطلاق الثاني وبعده كان جائزا لان الحجر الاول مجتهد فيه فيتوقف
على امضاء قاض آخر كذا في الخانية

فصل

بلوغ الصبي بالاحتلام
والاحبال والانزال وبلوغ الصبية بالاحتلام والحيض والحبل الاصل
ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لا يكون الا مع الانزال
فجعل كل واحد علامة للبلوغ والا اي وان لم يوجد شيء منها فحتى
اي لا يحكم بالبلوغ حتى يتم له اي للصبي ثماني عشر سنة ولها اي للصبية
سبع عشر سنة عند ابي حنيفة لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي
احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبي على ما قال ابن عباس وتبعه القتبي ثماني عشر
سنة وقيل اثنا عشر وقيل خمس عشر وهو اقل ما قالوا هو الاول
فوجب ان يدار الحكم عليه للاحتياط الا ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام
فنقص سنة منها لاشتمالها على الفصول الاربعة التي توافق المزاج
وقالا فيهما بتمام خمس عشر سنة وهو رواية عن الامام وبه يفتى للعادة
الغالبة اذ العلامات تظهر في هذه المدة غالبا فجعلوا المدة علامة

في حق من لم تظهر له العلامة وادنى مدته اي البلوغ له اثنا عشر سنة وفي لها
تسع سنين اذ قد يحصل لها في هذا السن علامة البلوغ فان راهقا
اي قربا الى البلوغ بان يبلغا هذا السن واقرا بالبلوغ كانا كالبالغ
حكما لان البلوغ لما كان حاصلا في هذا السن ولو نادرا فكان مما يعرف
منهما كالحيض قبل اقرارهما به ضرورة

كتاب المأذون

الاذن لغة الاعلام وشرعا فك الحجر مطلقا وهو نوعان احدهما اذن العبد
وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق اي حق المولى فان
الاصل في الانسان كونه مالكا للتصرف فتعلق حق المولى بعروض الرق
صار مانعا لمالكيته لها فاذا اسقط المولى حقه يعود الممنوع فيتصرف
اي اذا كان اذن العبد فك الحجر واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه
باهليته فلا يرجع بالعهدة على مولاه فانه اذا اشترى شيئا لا يطلب
الثمن من المولى لانه مشتر لنفسه والوكيل يطلبه الموكل ولا يتوقت يعني
اذا اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا الى ان يحجر عليه لان
الاسقاط لا يتوقت ولا يتخصص بنوع فاذا اذن بنوع عم اذنه
الانواع فكذا اذا قال اقعد صباغا فانه اذن بشراء ما لا بد منه في هذا
العمل وكذا اذا قيل اد الي الغلة كل شهر كذا بخلاف ما اذا اذن بشراء شيء
معين لانه استخدام لا اذن ويثبت اي الاذن دلالة لو اذا راى المولى
يبيع عبده ملك الاجنبي احتراز عما اذا راه يبيع ملك مولاه فانه اذا راى
عبده يبيع ملكا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا كذا في النهاية
ويشتري ما اراد وسكت اي المولى يكون اذنا له في التجارة دفعا للضرر
ولا يكون اذنا له في بيع ذلك الشيء او شرائه كذا في الاشباه ويثبت
ايضا صريحا فلو اذن العبد مطلقا بان يقول مولاه اذنت لك في
التجارة صح كل تجارة منه لان التجارة اسم عام يتناول الكل انواع

فيبيع

فعد الشرح ان العبد المحجور انما يصير مأذونا
اذا صدر عنه البيع او الشراء ونحوهما لا انه
كما ... انه بمحضر من مولاه فيما اذا باع المحجور
بمحضر من ... وصار مأذونا لزم
ان يصير مأذونا قبل ان يصير مأذونا وهو
تناقض ... اللزوم والبطلان فليتأمل
فانه دقيق
ما ارادنا

فيبيع ويشتري ولو بغبن فاحش خلافا لهما وبالغبن اليسير جائز اتفاقا لتعذر
الاحتراز عنه لهما ان البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من
الثلث فلا يتناوله الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار
كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ويوكل بهما لانه قد لا يتفرغ بنفسه ويرهن
ويرتهن ويتقبل الارض اي يأخذها قبالة بان يستأجر والمساقاة ويأخذها مزارعة
فيشتري بذرا ويزرع ويستأجر اجيرا اشاركه او مساقاة ويوجر نفسه ويضارب اي
يدفع المال مضاربة ويأخذها ويشارك عنانا لانها من صنيع التجار ويقر بدين
لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لم يعامله احد لغير زوجه وولده ووالده
فان اقراره لهم بالدين باطل عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل
منهم ذكره الزيلعي ويقر ايضا بغصب ووديعة لان الاقرار بهما ايضا من توابع التجارة
لكنا فقط واما الاول فلان ضمان الغصب ههنا معاوضة لانه يملك المغصوب
بالضمان ويهدي طعاما يسيرا تحقيقا لمعنى الاذن ويضيف من يطعمه لانه من
ضرورات التجارة جلبا لقلوب اهل حرفته ويحط من الثمن بعيب مثل ما يحط التجار
لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف الحط
بلا عيب لانه تبرع محض ويأذن لعبده ذكره الزيلعي ولا يتزوج الا باذن
لان الاذن بالتجارة ليس اذنا له ولا يتسرى وان اذن له كذا في تحفة الفقهاء
وفي التلويح في بيان العوارض على الاهلية ولا يزوج رقيقه ولا يكاتبه
لانهما ليسا من التجارة ولا يعتق لانه فوق الكتابة مطلقا على مال او لا ولا يقرض
لانه تبرع ابتداء ولا يهب لانه تبرع محض مطلقا اي بعوض او لا ولا يتصدق
كالهبة ولا يكفل لكونه تبرعا محضا مطلقا اي بالنفس او بالمال ودين وجب
بتجارة مبتدا خبره قوله الآتي يتعلق برقبته او بما هو في معناها كبيع وشراء
واجارة واستئجار وغرم وديعة وغصب وامانة يجحدها وعقر وجب بوطء مشتراة
بعد الاستحقاق يتعلق برقبته لانه دين ظهر في حق المولى فيتعلق برقبته

وجوبه

كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة يباع فيه بحضر مولاه قال في الهداية
يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال شارحه هذا اشارة الى ان البيع انما يجوز
اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغايب غير متصور لان الخصم
رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نايبه بخلاف بيع الكسب
فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فيقسم ثمنه بالحصص فيتعلق بكسبه
مطلقا اي سواء حصل قبل الدين او بعده ويتعلق بما اتهب فان لم يحجر مولاه
هذا قيد للكسب والاتهاب ولانا في دين تعلقه بالكسب وتعلقه بالرقبة فيتعلق
ولكن يبدا بالاستيفاء من الكسب له مكان توفر حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى
فان لم يوجد الكسب يستوفي من الرقبة كذا في الكافي لا اي لا يتعلق الدين بما اخذه منه
مولاه قبل الدين لوجود الخلوص له ويطالب بما بقي بعد عتقه لتقرر الدين في ذمته وعدم
وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا لان المشتري يمتنع عن شرائه فيؤدي الى امتناع البيع
بالكلية فيتضرر الغرماء ولمولاه اخذ غلة مثله لوجود دينه وما زاد للغرماء فانه
لو كان المولى ياخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له ان ياخذ
بعد لحوقه ايضا والقياس ان لا ياخذ لان الدين مقدم على حق المولى
في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه
ولا يحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منع عن اخذ الغلة
يحجر عليه فينسد باب الاكتساب ولو اخذ باكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرماء
لتقدم حقهم ولا ضرورة فيها وينحجر بحجره اي بحجر المولى الحجر عن التصرفات
او ايصال خبر حجره اليه ان علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل
او رجلان لا ينحجر اذ المعتبر اشتهار الحجر وشيوعه فيقام ذلك مقام الظهور
عند الكل هذا اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم الا العبد ثم حجر عليه بمعرفته
ينحجر لانتفاء الضرورة وينحجر ايضا باباقه لان المولى لا يرضى بتصرف العبد
الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه لانه وموت مولاه وجنونه

مطبقا ولحوقه بدار الحرب مرتدا علم العبد او لم يعلم لان الاذن ليس بلازم
التصرفا يكون لدوامه حكم الابتداء كانه ياذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه
من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فيكون عليه ما كان عليه انشاء الاذن فيه فيشترط
قيام الاهلية في تلك الساعة كما يشترط في الابتداء وقد زالت بالموت والجنون
وباللحوق ايضا لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده ويقسم
ماله بين ورثته فصار محجورا عليه ضمنا لبطلان الاهلية وباستيلادها الحجر
الامة الماذونة بالاستيلاد فانه يحصنها بعد الولادة فيكون الاستيلاد
دلالة الحجر عادة لا بالتدبير لان الاستدانة الامة الماذونة لها اكثر من
قيمتها فدبرها المولى فهي ماذونة على حالها لعدم دلالة الحجر اذ لم تجر العادة
بتحصين المدبرة وضمن اي المولى بهما اي بالاستيلاد والتدبير قيمتها
للغرماء لانه اتلف محلا تعلق به حقهم اذ بهما يمتنع البيع وبه كان يقضي حقوقهم
اقر اي الماذون بعد حجره ان ما معه امانة او غصب لغيره او بدين عليه صح اقراره
ونقض بما في يده وقالا لا يصح لان مصحح اقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر
وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وله ان المصحح
هو اليد ولهذا لا يصح اقراره فيما اخذه المولى من يده واليد
باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها في يده عن الاكتساب
عن حاجته واقراره دليل تحققها احاط دينه بماله ورقبته لم يملك مولاه
ما معه فلم يعتق عبد كسبه باعتاق مولاه وقالا يملكه فيعتق العبد
وعليه قيمته لوجود سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه
ووطء الجارية الماذونة لها وهو دليل كمال ملك المولى انما يثبت خلافه
عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا
يخلفه في العتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه وعتق ان لم يحط اي
دينه بماله ورقبته بلا خلاف اما عندهما فظ واما عنده فلانه لا يوجب

مطبقا

عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل المقصود
من الاذن ويبيع من مولاه بمثل القيمة لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين ولا يبيع منه بنقصان لانه متهم في حقه لكونه مولاه ويبيع مولاه
منه اي بمثل القيمة وبالاقل لان مولاه اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين
كما مر ولا تهمة فيه وله اي المولى حبسه اي المبيع بالثمن اي بمقابلة استيفاء
الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى
ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على
ما كان وهذا كان احق به من ساير الغرماء ولو باع المولى منه بالاكثر
حط الزايد او فسخ العقد اي يؤمر مولاه بازالة المحاباة او فسخ العقد
لان الزيادة تتعلق به حق الغرماء وبطل اي الثمن لو سلم اي مولاه المبيع قبل
قبضه اي الثمن فلا يطالب العبد بشيء لانه لو سلم المبيع سقط حقه في الحبس
ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا وصح اعتاقه اي المولى العبد المأذون
مديونا لبقاء ملكه وضمن اي المولى للغرماء الاقل من دينه وقيمته
اي اذا كان الدين اقل من القيمة يضمن الدين اذ لا حق لهم الا في الدين
وان عكس ضمن القيمة اذ تعلق حقهم بالرقبة وهو اتلفها وادى المأذون
ضمن فضل دينه على قيمته لان الدين في ذمته وما اخذ المولى الا بقدر
ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان بيع عبد مأذون له محيط دينه
برقبته وغيبة المشتري بعد ان قبضه جاز الغريم ان شاء اجاز
بيعه وضمنه لان الحق له والاجازة اللاحقة كالاذن السابق وضمن المشتري
او البايع قيمته لان حقه تعلق بالعبد حتى كان له ان يبيعه الا ان يقضي المولى
دينه والبايع متلف بالبيع التسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخير
في التضمين وان ضمن البايع سلم المبيع للمشتري وتم البيع لزوال المانع
ثم اي بعد ما ضمن البايع ان رد اي العبد على مولاه بعيب رجع اي مولاه

[illegible]

على الغريم بقيمته وعاد حقه اي حق الغريم في العبد لارتفاع سبب الضمان وهو
البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن بالقيمة ثم رد عليه بعيب
كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا كذا في الكافي وايهما اختار
تضمينه بري الاخر حتى لا يرجع عليه وان توى القيمة عند الذي اختار
لان المخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الاخر
ولو ظهر اي العبد المغيب بعد التضمين اي بعد ما اختار تضمين احدهما
لا سبيل له اي للغريم عليه اي العبد ان قضي له بالقيمة ببينة او نكول
لان حقه تحول الى القيمة بالقضاء ولو قضي له بالقيمة بقول الخصم
مع يمينه وقد ادعى الغريم اكثر منه فهو بالخيار ان شاء رضي بالقيمة او رد ما
واخذ العبد فيبيع له اذ لم يصل اليه تمام حقه بزعمه كذا في النهاية وان باعه
معلما دينه فللغريم رد بيعه ان لم يف بدينه ثمنه لانه اذا لم يف به له
نقض البيع كيف كان وان وفى ثمنه بدينه ولا محاباة في البيع لا اي ليس
للغريم ان يرد البيع لان حقه قد وصل اليه فينفذ البيع لزوال المانع
ولا يخاصم الغريم مشتريا ينكر دينه ان غاب بايعه يعني لو باع المولى
عبده المديون وقبضه المشتري ثم غاب البايع لا يكون المشتري خصما
للغريم اذا انكر المشتري الدين لان الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو
قايم بالبايع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغايب والحاضر ليس بخصم
عنه اشترى عبد وباع ساكتا عن اذنه وحجره فهو مأذون يعني ان عبدا
اذا قدم مصرا فباع واشترى فالمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان
مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او لا والقياس ان لا يصدق
لانه مجرد دعوى منه ولا يصدق الا بحجة لقيام البينة على المدعي
وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك وفي اجماع المسلمين يحصل الاثم ويترك
القياس والنظر وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه ان لا يثبت الاذن

[illegible]

لانّ السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين
محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه
والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس فلا يباع لدينه الا في
ان مولاه ماذونه لان الاذن بالتجارة رضا ببيع رقبة المأذون بالدين او
اثبته اي الاذن الغريم يعني ان قال المولى هو محجور فالقول له تمسكا بالاصل
فلا يباع الا اذا اثبت الغريم اذنه في البياعات والكتاب اذن الصبي والمعتوه
اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه تارة بكلام العقلاء واخرى
بكلام المجانين وحكمه حكم الصبي مع العقل وهو فك الحجر واثبات الولاية
لهما وتصرفهما ان نفع كالاسلام و ... الاتهاب صح بدونه اي بدون الاذن
وان ضر كالطلاق والعتاق لا وان وصلية اذن به وما نفع تارة وضر
اخرى كالبيع والشراء صح به اي بالاذن لان الصبي العاقل يشبه البالغ من
حيث انه عاقل مميز ويشبه طفلا لا عقل له من حيث انه لم يتوجه
عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحق بالبالغ في النافع
المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن
وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن
قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولي لان فيه منفعة
لصيرورته مهتديا الى وجوه التجارات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا
لزفر لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه وشرط الصحة
اي الاذن ان يعقل البيع سالبا للملك عن البائع والشراء جالبا له اي للملك
الى المشتري والولي الاب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي او وصيه دون الام
او وصيها وقد سبق الاشارة اليه في كتاب النكاح في باب الولي ولو اقر اي
الصبي والمعتوه الماذونان بما معهما من الكسب او الارث يعني اقر ان ما ورثاه
ابيهما الفلك صح في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه لا يصح فيما ورثاه

٤٢٥

لان صحة اقراره في كسبه لحاجته اليه لذلك في التجارات ولا حاجة في الموروث وجه الظاهر
انه بانضمام راي الولي التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فيصح اقراره فيهما

كتاب الوكالة

وجه المناسبة بين الكتابين ان في كل
من الوكالة والاذن معنى انابة التصرف الى الغير وهي لغة الحفظ ومنه الوكيل
في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك في مالي يملك الحفظ فقط وقيل التوكيل
التركيب يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله
توكلنا اي فوضنا امورنا وسلمنا وعلى هذا التوكيل لغة تفويض الامر
الى الغير وشرعا تفويض التصرف اوه الى غيره واقامته مقامه والرسالة
تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف وشرط جوازه كون
الموكل اهل تصرف لم يقل اهل التصرف لئلا يتوهم ارادة التصرف المذكور فانها
باطلة لاستلزامها بطلان توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر وكون الوكيل
يعقله اي يعقل ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والفاحش
ويقصده حتى لو تصرف هازلا لا يقع من الآمر فوقع على قوله كون الموكل
اهل تصرف بقوله فصح توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر ووقع على قوله كون
الموكل اهل تصرف بقوله والحر اي وصح ايضا توكيل الحر البالغ والماذون
عبدا كان او صبيا مثلهما ايتنا والمحجور الا ربع وصبيا يعقله
وعبدا حال كونهما محجورين لوجود الشرط المذكور في كل منهما ذكر
انما لم يقل ههنا ويرجع حقوق العقد الى موكلهما لانه قال فيما
بعد ان لم يكن محجورا والتوكيل عطف على توكيل المسلم بكل ما يعقده
بنفسه فان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره
فلا بد من جوازه دفعا لحاجته بنفسه احتراز عن التوكيل حيث
لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لانه انقاد التصرف من غيره وهو مقيد
بما امر به حتى لو صرح به ايضا جاز وبالخصومة عطف على بكل في كل حق

الوكيل يعقله ويقصده

اذ ليس كل واحد يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى توكيل غيره كما مر ولم يلزم
اى التوكيل بالخصومة لم يقل ولم يجز لان الجواز اتفاقي والخلاف في اللزوم
بلا رضا خصمه المتأخرون اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من
الخصم التعنت في اباء الوكيل لا يمكنه في ذلك ويقبل الوكيل من الموكل
وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه
التوكيل الا برضا صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي كذا في الكافي
الا الموكل مريضا او مسافرا اى غائبا مسافة ثلاثة ايام فصاعدا او
مريدا للسفر بان ينظر القاضي في حاله وفي عدته فانه لا يخفى هيئة من
يسافر ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر او مخدرة لم تجر عادتها بالبروز
وحضور مجلس الحاكم وصح ايضا التوكيل بايفائه اى ايفاء كل حق
واستيفائه الا في حد وقود فانه لا يجوز بغيبة موكله عن المجلس
لانهما يسقطان بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من
نوع شبهة قال انت وكيلي في كل شي كان وكيلا في جميع التصرفات
حتى الطلاق والعتاق قال في الفتاوى الصغرى جائز اده فهو وكيل
في الحفظ والبيع والشراء وتقاضي ديونه وحقوقه والهبة والصدقة و
غير ذلك لانه فوض اليه التصرف عاما فصار كما لو قال ما صنعت من شي
فهو جائز فيملك جميع انواع التصرفات حتى لو انفق على نفسه جاز لانه
اجاز صنيعه وهذا من صنيعه ثم قال وهذا التعليل يقتضي انه
اذا طلق امرأته جاز فينبغي هذا حتى يثبت خلافه وحقوق عقد مبتداء
خبره قوله الآتي تتعلق به يضيفه الوكيل الى نفسه في عرف اهل المعاملة
كبيع واجارة وصلح عن اقرار امثلة للعقد فان الوكيل بالبيع يقول
بعت هذا منك ولا يقول بعت هذا منك من قبل فلان وكذا الوكيل
بالشراء يقول اشتريت هذا منك ولا يقول لاجل فلان تتعلق اى

تلك

تلك الحقوق به اى بالوكيل ان لم يكن اى الوكيل محجورا احتراز عن الصبي والعبد
المحجور فان توكيلهما جائز لكن حقوق عقدهما يرجع الى الموكل ومثل حقوق
العقد بقوله كتسليم المبيع ان وكل بالبيع وقبضه ان وكل بالشراء وقبض
ثمنه اى ثمن مبيعه والمطالبة بثمن مشريه يعني الوكيل بالشراء اذا اشترى شيئا
يطالبه البايع بثمنه والرجوع به اى بالثمن عند الاستحقاق اى استحقاق ما باع
او رجوعه هو بالثمن على بايعه عند استحقاق ما اشتري والمخاصمة اى يخاصم
ويخاصم في شفعة ما باع وفي العيب فرده اى المبيع الى البايع لو كان بيده
وبعد تسليمه الى الموكل يرده باذنه اى اذن الموكل وللمشتري منع الثمن
من موكل بايعه يعني اذا وكل رجلا ببيع شي فباعه ثم الموكل طلب الثمن
من المشتري له منعه لان المشتري اجنبي عن العقد وحقوقه كما بينا
وان دفع اليه اى الموكل صح ولا يطالبه بايعه ثانيا لان المقبوض
حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم رده اليه وبرئت ذمة المشتري لوصول
الثمن الى مستحقه والملك يثبت للموكل ابتداء لكن خلافه عن الوكيل
جواب عن سؤال مقدر كما ذكره في النهاية وهو ان يقال اذا ثبت الملك للموكل
ينبغي ان يكون الحقوق راجعة اليه لانها تابعة للملك فاجاب بمنع هذا
وقال نعم الملك يثبت للموكل ابتداء لكن يثبت له خلافة عن الوكيل
وحاصله ان الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل
خلف عن الوكيل في حق الملك كالعبد اذا قبل الهبة يثبت الملك للمولى
ابتداء وقيل الملك يثبت للوكيل ثم لكن لا يتقرر بل ينتقل الى
الموكل بلا مهلة وعلى القولين لا يعتق قريب شراه اى الوكيل ولو
كان اى المشتري عرسه لا يفسد النكاح اما على الاول فظ لان المشتري
لم يملك واما على الثاني فلان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر
الملك على ما ذكر في الزيادات وغيرها فاذا لم يوجد لم يحصلا واعترض

عليه بانه مخالف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في ملك خارج محرم منه عتق
عليه واجيب بان المطلق ينصرف الى الكامل والمجتهد غير غافل وانما تعرض لها
الاكثر بناء على القول لانه اصح عندهم وحقوق عقد يضيفه اي
الوكيل الى الموكل كنكاح وخلع وصلح عن انكار او دم عمد وعتق على مال
وكتابة وهبة وتصدق واعارة وايداع ورهن واقراض تتعلق بالموكل
وذلك ان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات
والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم
مقارنا للسبب اما النكاح فلان الاصل في البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطا
والساقط متلاش فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة
ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيرا ليقترن الحكم بالسبب ولو اضاف النكاح
الى نفسه وقع له بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع
بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة
واما الخلع فلانه اسقاط للنكاح والناكح المرء والمنكوحة المرأة و
الوكيل اما منه او منها وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلا بد
من الاضافة الى الموكل واما الصلح عن انكار فانه ايضا اسقاط محض
لا يشوبه معاوضة بل فداء يمين في حق المدعى عليه فلا بد من
الاضافة الى الموكل وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض
والوكيل اجنبي سفير فلا بد من الاضافة وكذا الحال في البواقي
وهذا مختصر ما ذكره القوم في هذا المقام ويضعف به ما قال صدر الشريعة
واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار في الاضافة
فان زيدا اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح على
المائة فيقول زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل
الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار الا انه اذا
كان

كان عن اقرار يكون كالبيع فيرجع الحقوق على الوكيل كما في البيع فتسليم بدل
الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه
فالوكيل سفير محض فلا يرجع اليه الحقوق وذلك لانه ان اراد بقوله
يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار تمامه بلا اعتبار اضافته
في صورة الاقرار الى الوكيل وفي صورة الانكار الى الموكل فلا نسلم ذلك
فانه عين محل النزاع وان اراد تمامه باعتبار تلك الاضافة كان
اعترافا بصحة كلام القوم فلا وجه لانكار الفرق والقول بالتسوية
وفرع على كون الوكيل في هذه الصور سفيرا محضا بقوله فلا يطالب
من قبل المرأة وكيله اي وكيل الزوج بالمهر ووكيلها بتسليمها او
ببدل الخلع لما مر من كون الوكيل في هذه الصور سفيرا محضا
التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك لان تفويض التصرف
في ملك الغير لا يجوز ونقض بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو
ملك الغير واجيب بان التصرف في ملك الغير انما لا يجوز اذا لم يكن بعوض
وفي التوكيل بالشراء العوض فافترقا لا الرسالة فانها غير باطلة لانتفاء
تفويض التصرف فيها لان الرسول سفير محض وقد مر ان التوكيل
بالاقراض صحيح لانه تفويض التصرف في ملكه باب
الوكالة بالبيع والشراء ان عممت اي الوكالة بدون ذكر الشرط قوله
الاتي صحت قال في الهداية من وكل بشراء شيء فلا بد من تسمية
جنسه وصفته ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه
الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع ما رأيت لانه فوض
الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا او علم بصيغة المجهول
اي يكون معلوما بين الوكيل والموكل ما وكل به اي او جهل جهالة
يسيرة وهي جهالة النوع صحت اي الوكالة وان وصليه لم يسم

الثمن لان الوكيل يقدر على الامتثال وان شرطية جهل اى ما وكل به جهالة فاحشة ذكر
جهالة الجنس كما اى لا يصح الوكالة وان وصلية بين الثمن لان الوكيل لا يقدر
على الامتثال وان جهل ما وكل به جهالة متوسطة وهو ما بين النوع والجنس
فان بين النوع او ثمن عين نوعا صحت لان الوكيل يقدر على الامتثال
لكون الجهالة فاحشة الاول وهو ما جهل جهالة يسيرة كالتوكيل في البغل والحمار والثوب
الهروي والمروي والثاني وهو ما جهل جهالة فاحشة كالثوب والدابة والرقيق والثالث
وهو ما جهل جهالة متوسطة كالعبد والامة والدار فاذا وكل بشراء شي نحوها
تماثل كما صح وان لم يبين الثمن لانه من القسم الاول واذا وكل بشراء عبد ونحوه
صح ان بين النوع كالترك او ثمن عين نوعا من انواع العبد وجعل ملحقا بجهالة
النوع وان لم يبين شيئا منهما لم يصح والحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال
واذا وكل بشراء ثوب ونحوه لا اى لا يصح وان بينه اى الثمن اذ بمجرد بيانه
لا يرتفع الجهالة التوكيل بشراء طعام يقع على البر ودقيقه يعني دفع اليه
دراهم وقال اشتر لي طعاما يشتري البر ودقيقه والقياس ان يشتري كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان
ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يراد به ما ذكرنا عرفا ولا عرف في الاكل فبقي
على الوضع وقيل يقع على البر في دراهم كثيرة والخبز في قليله والدقيق
في متوسط رعاية للتناسب بين الثمن والمثمن وفي متخذ الوليمة يقع
على الخبز مطلقا يعني قلت الدراهم او كثرت لدلالة الحال وكل بشراء هذا
العبد فلم اه صح ولزم الموكل حتى لو مات عليه ان اطلق يعني وكل بشراء
هذا العبد بدين له على الوكيل صح يعني اذا كان لرجل على آخر الف فامره ان
يشتري بها هذا العبد فاشتراه صح ولزم الموكل حتى لو مات عليه مات وان اطلق يعني
وكل بان يشتري له بالالف عبدا غير معين فاشترى عبدا كان اى ذلك العبد
للوكيل الا ان يقبضه الموكل حتى لو مات قبل قبض الموكل مات على الوكيل

و

ولو بعضه اى على الموكل وقالا هو على الوجهين للموكل اذا قبضه الوكيل لهما
ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا حتى
لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق
والتقييد في الدين سواء فيصح التوكيل ويلزم الموكل وله انهما يتعينان في الوكالة
حتى لو قيد الوكالة بالعين منهما او بالدين منهما ثم استهلك العين او سقط
الدين باسقاط رب الدين على المديون بطلت الوكالة واذا تعينت
كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بلا توكيل بقبضه وكان
امره بدفع شي لا يملكه الموكل الا بالقبض وهو الدين وكلاهما غير جائز
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء اى فهلك من ماله الا ان يقبضه من وكيله
فيصير بيعا بالتعاطي فهلك من مال الموكل وكل عبد اشترى نفسه من مولاه
له اى للموكل فان قال بعني نفسي لفلان فباعه صح فيكون للموكل لان العبد
يصلح لان يشتري نفسه لنفسه وبغيره بالوكالة لكونه اجنبيا عن ماليته والبيع يرد
عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده فاذا اضافه الى الامر صح فعله
للامتثال فيقع العقد للامر وان لم يقل لفلان بل قال بعني نفسي
ولم يقل له او لفلان عتق اما في الاول فلما مر انه يصلح شراء نفسه وانما
في الثاني فلان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع الامتثال بالاحتمال فيصير
التصرف واقعا لنفسه والثمن على العبد فيهما اى في الوجهين لا على الامر
اما اذا وقع للامر فلان المباشر هو العبد فيرجع الحقوق عليه فيطالب
بالثمن لكنه يرجع على الامر فان قيل العبد هنا محجور وقد مر ان العبد
اذا كان محجورا عليه لا يرجع الحقوق اليه قلنا ان الحجر هنا بالعقد
الذي باشره مقترنا باذن المولى وكل عبد من يشتري نفسه من مولاه اى
العبد بالف ودفع الى وكيله فان قال اى وكيله له اى لمولاه اشتريته
لنفسه فباعه عتق عليه اى على ذلك المال لان بيع نفس العبد منه اعتاق للمولى

وان لم يقل وكيله اشتريته لنفسك اي العبد لوكيله لان اللفظ حقيقة للمعاوضة
وامكن العمل بها اذا لم تبين فيراعى ذلك بخلاف شرى العبد نفسه لتعين
المجاز فيه وعليه اي على الوكيل ثمنه لانه العاقد والالف الذي دفع
العبد للمولى له لانه كسب عبده قال اي المأمور شريت اي العبد شريت عبد الآمر
فمات اي العبد وقال اي الآمر بل شريت لنفسك فان كان اي العبد معينا فلو
حيا فالقول للمأمور مطلقا اي سواء كان الثمن منقودا اولا ولو ميتا فان
كان الثمن منقودا فكذا اي القول للمأمور والا اي وان لم يكن الثمن منقودا
فللآمر وسواء كان العبد حيا او ميتا قال في الكافي هذه المسئلة على ثمانية
اوجه لانه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه
على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا اولا وكل وجه على وجهين اما ان
يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا فان كان مأمورا
بشراء عبد بعينه فان اخبر عن شرائه والعبد حي فالقول للمأمور
بالاجماع منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عما يملك استئنافه
والمخبر في التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان
العبد ميتا حين اخبره فقال هلك عندي بعد الشراء وانكره
الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه يخبر عما لا يملك استئنافه
وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور
مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة
من الوجه الذي امر به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا
فقال المأمور اشتريته لك فقال الآمر لا بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا
فالقول للمأمور لانه يخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول
للآمر عند ابي حنيفة وعندهما القول للمأمور وان كان العبد ميتا
فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه

الرجوع

الرجوع بالثمن والآمر منكر فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه
امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة فيكون القول قوله قال في الهداية
من امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر
اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول
المأمور فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر
عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو منكر والقول
للمنكر وفي الثاني هو امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله
وقال صدر الشريعة كل واحد من التعليلين شامل للصورتين
فلا يتم به الفرق **اقول** الامر ليس كما قال لان التعليل الثاني لا يجري في
الصورة الاولى اذ لا يجوز ان يقال المأمور امين يدعي الخروج
عن الامانة لانه انما يكون امينا اذا كان قابضا للثمن والفرض انه
ان لم يقبضه اي للوكيل بالشراء اي الرجوع بالثمن على آمره اذا فعل ما امر
سواء دفعه اي الثمن الى بائعه او لا وله ان يحبس المبيع عنه اي عن
آمره لقبض ثمنه وان لم يدفعه اي الثمن الى البائع لما تقرر من انعقاد
مبادلة حكمية بينهما ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد
الموكل على الوكيل بالعيب فان هلك اي المبيع في يده اي الوكيل
قبل الحبس فعلى الآمر اي هلك من ماله ولم يسقط الثمن لان يده كيد
الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه ليستوفي الثمن
لما ذكر وبعده اي بعد حبسه فعليه اي المأمور وسقط اي الثمن
لان الوكيل كالبائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه
كما في البيع وليس للوكيل بشراء شيء بعينه شراؤه لنفسه لانه يؤدي
الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان اذا شراه بغير جنس ما سمى او بغير النقود
او شري غيره بامره بغيبته حج يكون المشتري للوكيل الاول لانه خالف

ام للموكل لحصول رأي وكيل وعدم المخالفة وفي غير عين اي اذا وكل بشراء عبد غير
معين فهو له اي للوكيل شراؤه الا اذا اطلق ونواه اي كون المبيع لآمره اي
اشترى بالف مطلق بلا تقييد كونه ملك الموكل لكن نوى الشراء له فيكون
للموكل او اضافه في العقد الى ماله اي مال آمره بان يقول اشتريت بهذا
الالف وهو مال الموكل وان لم ينقد الثمن منه فان اضافه الى مال نفسه
كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل شرعا او يفعل عادة اذ الشراء لنفسه
باضافة العقد الى مال غيره مستنكر شرعا وعادة صح اي التوكيل بعقد
الصرف وفي الاسلام العبارة المذكورة في كتب القدماء عقد الصرف
والسلم قال صاحب الهداية والكافي وسائر المتأخرين المراد الاسلام
اي شراء شيء بعقد السلم لا اي لا يصح التوكيل بقبول السلم لانه توكيل
ببيع الكر بعقد السلم وهو لا يجوز اذ الوكيل يبيع طعاما في ذمته على
ان يكون الثمن لغيره ولا نظير له في الشرع العبرة لمفارقة الوكيل فيهما اي
الصرف والسلم لا مفارقة الآمر يعني ان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض
في العقدين بطلا لوجود الافتراق قبل القبض ولا عبرة لمفارقة
الموكل لانه ليس بعاقد والمعتبر قبض العاقد وهو الوكيل فيصح
قبضه وان لم يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف
الرسول لان الرسالة في العقد لا القبض قال بعني هذا لزيد فباعه فانكر
المشتري اي امر زيد بعد اقراره بقوله لزيد فاخذه اي كذب المشتري زيد
في انكاره وقال انا امرته اخذه اي زيد لان قوله بعني لزيد اقرار منه بالوكالة
فاذا انكر الامر بعده صار مناقضا والمناقض لا قول له فيكون للموكل
وان صدقه اي صدق المشتري زيد في انكاره لا اي لا يأخذه زيد لانه
اقرار المشتري ارتد برده الا برضاه لان المشتري لما جحد الامر اول مرة بطل
اقرار الموكل ولزم الشراء للمشتري فاذا سلمه واخذه صار بيعا بالتعاطي

من لحم بدرهم فشرى منوين به مما يباع منه من بدرهم لزم الآمر منٌ بنصف لانه امره بشراء
منٍ ولم يأمره بالزيادة فينفذ شراء المن على الموكل وشراء الزيادة على الوكيل
وان شرى عبدين معينين بلا ذكر ثمن فشرى احدهما او امره بشرائهما بالف
وقيمتهما سواء فشرى احدهما بنصفه او اقل وقع عنه اي عن الآمر في الصورتين
اما في الاولى فلانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة
فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى
خير وبالاكثر مخالفة الى شر فيقع عن المشتري الا اذا شرى الباقي بالباقي قبل الخصومة
لان الشراء الاول قد باق وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين
ولم يثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوتها قال الوكيل شريتهما بالف
وقال الآمر بنصفه فان كان اي الآمر الفه اي اعطاه الالف صدق المأمور
ان ساواه اي المشتري الالف يعني اذا وكل رجل آخر بشراء عبد بالف فقال اشتريته
بالف وقال الآمر اشتريته بنصفه فان كان الآمر اعطاه الالف وهو يساويه
فالقول للمأمور لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي
عليه خمسمائة فان كان الآمر اعطاه الالف وهو يساويه فالقول للمأمور لانه
امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه خمسمائة وهو منكر
والا اي وان لم يساوه بل يساوي خمسمائة فالآمر صدق الآمر بلا يمين لانه
امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش فيقع له فيضمن خمسمائة
وان لم يألفه وساوى نصفه اي خمسمائة صدق اي الآمر بلا يمين وان
ساواه تحالفا لان الموكل والوكيل هنا كالبائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في
الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد فيلزم المشتري الوكيل كذا معين لم يسم
له ثمنا شراه واختلفا في ثمنه يعني اذا قال له اشتر هذا العبد لي ولم يسم ثمنا
فلما شراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع
المأمور تحالفا لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف

الف باي لغة بالكسر
اعطاه الفا رموز

كما في المبسوط اي وبه الوكيل اذا خالف امر الآمر وان كان خلافا الى خير في الجنس
وكله ببيع عبده بالف درهم فباعه بالف وماية ينفذ ولو وكله ببيعه كذلك بمائة دينار
لا اي لا ينفذ عليه وان كان خيرا كذا في الخلاصة فصل الوكيل بالبيع
والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له كاصله وفرعه وزوجه وعرسه وسيده وعبده
ومكاتبه وشريكه فيما شرك لانه لان مواضع التهم مستثناة على الوكلاء وهذا موضع
التهمة بدليل عدم قبول الشهادة هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق
بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه لهم ذكره الزيلعي وفي النهاية ان الوكيل
بالبيع اذا باع منهم ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل
منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عنده ويجوز
عندهما وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة روايتان وصح بيع الوكيل
بما قل او كثر والعرض في النسية لان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه
في غير موضع التهمة وصح ايضا اخذه اي اخذ الوكيل رهنا وكفيلا بالثمن
فلا يضمن ان ضاع اي الرهن في يده او توي على الكفيل لان الجواز
الشرعي ثابت في الضمان وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير وهو ما يقوم به
مقوم من اهل الخبرة حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش بالاجماع قال في النهاية
هذا التحديد فيما اذا لم يكن له قيمة معلومة في تلك البلدة كالعبيد والدواب
ونحوهما فاما ما له قيمة معلومة في البلدة كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل
بالشراء لا ينفذ على الموكل وان كانت الزيادة شيئا قليلا كالفلس ونحوه وكله
ببيع عبد فباع نصفه صح لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع وفي
الشراء اي يتوقف على شراء الباقي فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا
الوكيل لان شراء البعض قد يقع وسيلة فينفذ على الآمر اذا رد مبيع بعيب
على وكيله ببينة او نكول اي الوكيل او اقراره فيما لا يحدث رده اي الوكيل على
الآمر وباقراره فيما يحدث لا اي لا يرده على الآمر بل يبقى عليه يعني ان الوكيل

ببيع

ببيع شيء اذا باعه فرد عليه بالعيب فان كان مما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة
اذ لا يحدث مثله في هذه المدة يرده على الآمر وسواء كان الرد على الوكيل بالبينة
او النكول او الاقرار في عيب لا يحدث مثله الاصل في الوكالة الخصوص وهذا
لو قال جعلتك مضاربا كان مضاربا في جميع الانواع فان باع اي الوكيل نساء
فقال آمره امرتك بنقد وقال اطلقت صدق الآمر بناء على كون التقييد اصلا
في الوكالة وفي المضاربة يعني اذا باع المضارب نساء فقال رب المال امرتك
بنقد وقال اطلقت صدق المضارب بناء على كون الاطلاق اصلا فيه
وسيأتي تحقيقه في آخر كتاب المضاربة لا يتصرف احد الوكيلين وحده لان
الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما وان كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع
استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك
وهذا ينصرف الى ما لا يحتاج فيه الى الاجتماع ويحتاج فيه الى الرأي ولم يكن توكيلهما
بلفظ واحد ذكر الاول بقوله الا في خصومة فان الاجتماع فيها متعذر
لافضائه الى الشغب في مجلس القضاء وذكر الثاني بقوله ورد وديعة وقضاء
دين وطلاق وعتاق لم يعوضا اذ لا يحتاج في شيء منها الى الرأي بل هو تعبير
محض وعبارة الواحد والمثنى سواء بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما
او اعتقاه او امرها بايديكما لانه [illegible] ولو كان الطلاق و
العتق بعوضهما فانه يحتاج الى الرأي وذكر الثالث بقوله ولم يكن توكيلهما
بكلام واحد بل على التعاقب فيجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف
لانه رضي برأي كل منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف
ما اذا وكلهما بكلام واحد اذ لا ينفرد به احدهما ولو كان احدهما حرا
عاقلا بالغا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه لانه رضي برأيهما وقت
توكيله فلا يتغير ذلك فان تصرف احدهما بحضرة صاحبه ان اجاز صاحبه
جاز والا فلا ولو كان غائبا فاجاز لم يجز ذكره الزيلعي الوكيل بقضاء

الدين لا يجبر عليه لانه لم يضمن شيئا بل وعد ان يتبرع على الامر بخلاف الكفيل
لانه ضمين لا يوكل اي الوكيل الا باذن آمره او باعمل برايك ونحوه كما صنع
بما شئت مثلا فان وكل به اي باذن الامر كان وكيل الامر ولا ينعزل بعزل
موكله او موته وينعزلان بموت الاول وسيأتي تحقيقه في ادب القاضي
ان شاء الله تعالى وكل اي الوكيل بلا اذنه اي اذن الموكل فعقد اي
وكيله عنده اي عند الموكل الثاني او عقد بغيبته فبلغه واجاز اي
عقده او كان الموكل الاول قدر الثمن صح اما الاول والثاني فلان المقصود
وهو حضور رأيه قد حصل في الصورتين واما الثالث فلان الاحتياج
الى الرأي فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر
الثمن لانه فوض اليهما مع تقدير الثمن لان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة
واختيار المشتري كما مر قال فوضت اليك امر امرأتي صار وكيلا بالطلاق
وتقيد بالمجلس فان طلق في المجلس صح والا فلا بخلاف قوله وكلتك بامر امرأتي
حيث لا يتقيد بالمجلس فان طلق بعده جاز من لا يلي غيره لم يجز تصرفه
في حقه لان صحة التصرف مبنية على الولاية فاذا انتفت الثانية انتفت
الاولى فاذا باع عبد او مكاتب او ذمي مال صغيره الحر المسلم او شرى
انتفت الولاية فاذا باع عبد او مكاتب او ذمي مال صغيره الحر المسلم
او شرى واحد منهم به اي بذلك المال لم يجز لانتفائها ولا يتهم عليه كذا
تزويج صغيره كذلك اي حرة مسلمة حيث لم يجز لواحد منهم ذلك لانتفاء
الولاية **باب الوكالة بالخصومة والقبض** علم ان الوكيل
بالخصومة وكيل بالقبض عند الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان القبض
غير الخصومة وقد رضي بها دونه ولهم ان من ملك شيئا ملك اتمامه و
تمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض وقالوا الفتوى اليوم على قول زفر لفساد
الزمان ولهذا قلت الوكيل بها وبالتقاضي لا يملك القبض لظهور الخيانة

لما ظهر

وبه يفتى

٤

٤٣٢

في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال وكذا الوكيل بالتقاضي
يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال اقتضيت حقي
اي قبضته فانه مطاوع قضى لكن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع
والفتوى على انه ايضا لا يملكه والوكيل بقبض الدين يملكها اي الخصومة
عند ابي حنيفة رح حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان الدائن استوفاه منه
او ابراه تقبل بينته والوكيل بقبض العين لا اي لا يملكها فلو برهن
ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب
صورته وكل وكيلا بقبض عبد له وغاب فاقام ذو اليد البينة انه اي الآمر الذي وكله
بالقبض لم يقبل في اثبات الشراء ويقبل في دفع الخصومة فيتوقف حتى يحضر
الموكل ويعيد البينة كذا الطلاق والعتاق يعني اذا اقامت المرأة البينة
على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم من مكان الى مكان
لا يقبل منه البينة على اثبات العتق والطلاق وتقبل في قصر يد الوكيل حتى يحضر
الغائب الوكيل بها اي الخصومة اذا ابى اي امتنع عن الخصومة لا يجبر
عليها لانه لم يضمن شيئا بل وعد ان يتبرع بخلاف الكفيل حيث يجبر عليها
لانه ضمين كما مر اذا وكل بخصوماته واخذ حقوقه من الناس على ان لا يكون
وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز فلو اثبت المال ثم اراد الخصم الدفع لا يسمع
على الوكيل كذا في الصغرى صح اقرار الوكيل بالخصومة يعني اذا ثبت وكالة
الوكيل بالخصومة واقر على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء
الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي صح وعند
غيره اي ان كان اقراره عند غير القاضي فشهد به شاهدان عند القاضي
لا يصح وان انعزل به حتى لا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام
بينة لم تسمع لانه زعم انه مبطل في دعواه كذا اذا استثنى الاقرار عنده يعني اذا
استثنى الموكل الاقرار بان قال وكلتك غير جائز الاقرار واقر الوكيل عند القاضي

لبينته

واقره

لا يصح لصحة الاستثناء ولكن يخرج عن الوكالة فلا يسمع خصومته لا اي
لا يصح توكيل كفيل بمال بقبضه صورته كفل عن رجل بماله فوكل صاحب المال
بقبضه عن الغريم لم يصح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صح هذا صار عاملاً
لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن بخلاف الرسول ووكيل الامام ببيع الغنائم
والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير
ومعبر ذكره الزيلعي الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وبطلت الوكالة لان
الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس والوكيل
بالبيع اذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري لم يجز لانه يصير عاملاً لنفسه كما مر ولو ادى
بحكم الضمان رجع لبطلانه وبدونه اي بدون حكم الضمان لا اي لا يرجع
لكونه متبرعاً مصدق الوكيل لو غريماً امر بدفع دينه الى الوكيل يعني اذا ادعى بقبضه
رجل انه وكيل فلان الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه
لانه اقرار على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون يقضى بامثالها
حتى لو ادعى انه اوفى الدين الى الدائن لا يصدق اذا امر الدفع الى الوكيل
باقراره ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فان حضر الغائب فصدقه الامر
وان كذبه الغائب دفع اي المصدق اليه اي الغائب ثانياً اذ لم يثبت الايفاء
لانكاره الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فيفسد الاداء ورجع به على الوكيل
ان بقي في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه
وان ضاع لا اي لا يرجع لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو
مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره الا اذا ضمنه اي شرط على
مدعي الوكالة الضمان عند الدفع اي دفع ما ادعاه او لم يصدقه اي في
دعواه التوكيل ودفع اليه على رجاء الاجازة اي اجازة الغائب فاذا انقطع
رجاؤه رجع عليه ودفع اليه مكذباً له في دعواه التوكيل ولو لم يصدق
التوكيل غريماً بل مودعاً لم يؤمر بالدفع لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين فانه

[illegible]

يقضي

٣٣ع

يقضي بمثله كما مر كذا لو ادعى الشراء وصدقه يعني انه لو ادعى انه اشترى الوديعة
من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه اقرار على الغير غير
١٧ ال المدعى م — مقبول وامر به اي بالدفع لو قال تركها اي الوديعة المودع ميراثاً فصدقه
١٧ انه م — اي المودع لانه ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفع اليه ووكل
بصيغة المجهول اي جعل وكيلاً رجل بقبض مال وادعى الغريم قبض دائنه
دفع اي الغريم اليه اي الى الوكيل يعني يجبر على دفعه اليه لان وكالته ثبتت
بقوله اخذه رب المال حيث لم ينكر الوكالة في زعمه وادعى الايفاء وفي
٤٧ في زعمه م — ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة واذا كان اقراراً يثبت الوكالة ولم
يثبت الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه واستحلف اي الغريم دائنه
على عدم قبضه لان قبضه يوجب براءة ذمته فاذا عجز عن اقامة البينة
يستحلف لا الوكيل على عدم علمه بقبض الموكل اذ لا يجري النيابة في اليمين
ووكل بعيب اي برد المبيع بسبب عيب فادعى البائع رضا المشتري لم
حتى يحلف اي البائع م — اي الوكيل عليه اي البائع المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك
هناك ممكن بلا رد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله ولا يمكن ذلك
في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهراً وباطناً عند ابي حنيفة رح
فيصح القضاء ولا يستحلف المشتري بعده لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ
القضاء وليس في مسئلة الدين قضاء بالزام بالتسليم فاذا ظهر الخطاء فيه
امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم بلا نقض القضاء دفع رجل الى اخر
عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة اخرى فهي بها استحساناً و
القياس ان يكون متبرعاً لانه خالف امره فرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان
ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء
فيكون التوكيل به توكيلاً بالشراء والوكيل بالشراء يملك العقد من مال نفسه
ثم رجع به على الامر والوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم قال في الفتاوى القنوي

الوكيل بقبض الدين اذا احضر خصما فاقر بالتوكيل وانكر الدين لا تثبت الوكالة
حتى لو اراد الوكيل اقامة البينة على الوكالة والموكل غايب لم يجعل الوكيل
احدا للموكل عليه فان القاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصما جاحدا
لذلك او مقرا به فح يسمع ويقرر الوكالة فان احضر بعد ذلك غريما يدعي عليه
حقا للموكل لم يحتج الى اعادة البينة ولو كان يدعي انه وكله بطلب كل
حق له قبل انسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه ولو اثبته لكن لم يحضر
ذلك المعين ثم جاء بخصم آخر يدعي عليه يقيم البينة على الوكالة مرة اخرى

باب عزل الوكيل

ينعزل بعزل الموكل لان الوكالة
حقه فله ان يبطله ويعزل نفسه بان يقول عزلت نفسي بشرط علم الآخر فيهما
اي في الصورتين يعني اذا عزل الموكل يشترط علم الوكيل وان عزل نفسه يشترط
علم الموكل به حتى اذا لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جايز صح يعلم
متعلق بعلم عدل او اثنين لو غير عدلين اعلم ان الوكالة تثبت
بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة
صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة رح لا يثبت
العزل الا بالعدد او العدالة وينعزل ايضا بموت الموكل هكذا وقعت
عبارة القدوري ووقعت في الكافي والوقاية هكذا بموت احدهما
ولما لم يكن لذكر الوكيل هاهنا فايدة تركته وينعزل ايضا بجنون احدهما
من الوكيل والموكل جنونا مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وهو شهر
عند ابي يوسف رح وحول كامل عند محمد وهو الصحيح والحاكم بلحوق
اي لحوق احدهما بدار الحرب مرتدا فان لحوقه لا يثبت الا بحكم الحاكم
فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبله فموقوف عند ابي حنيفة رح
وانما ينعزل بهذه الاشياء لان الوكالة عقد غير لازم فكان لبقائه
حكم الابتداء فيشترط لقيامه الامر في كل ساعة ما شرط للابتداء ووالي عزل

الوكيل في الصورة المذكورة اذا لم يتعلق به اي التوكيل بالوكيل حق الغير واما اذا
تعلق به ذلك فلا ينعزل كما اذا شرطت الوكالة في بيع الرهن او جعل امر امراته
في يدها ثم جن الزوج وينعزل ايضا بتصرفه بنفسه اي تصرف الموكل بحيث
يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او
تزويج امراة او شراء شيء او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق او كاتب
او زوج او اشترى او طلق ثلاثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها
او باع بنفسه فانه لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل
فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة
بقيت الوكالة لامكان تنفيذها وكله به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل
ان يتزوجها منه لزوال حاجته بخلاف لو تزوجها الوكيل وابانها حيث
يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية وتعود الوكالة اذا عاد اليه اي
الموكل قديم ملكه يعني اذا وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل ثم رد عليه بعيب بقضاء
كان للوكيل ان يبيعه وكذا لو وكل كل واحد من رجلين ببيعه فباعه احدهما
فرد عليه بعيب فلكل منهما ان يبيعه ثانيا كذا في الصغرى او بقي اثره
اي اثر ملكه كما اذا طلق امراته واحدة فهي في العدة فتصرف الوكيل غير
متعذر بان يوقع الباقي وينعزل ايضا بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل
وهذا يحتمل امرين احدهما ان يكون الافتراق بهلاك المالين او مال احدهما
قبل الشراء فان الشركة يبطل به وتبطل الوكالة التي في ضمنها علما به او لا
لانه عزل حكمي اذ لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة وثانيهما ان
احدهما او كلاهما لو وكل من يتصرف في المال جاز فلو افترقا انعزل هذا
الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل وانا ذكرنا
الوجهين اذ لو بقي الافتراق على ظاهره لم يصح قولهم وان لم يعلم
الشريك اذ لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة المستلزمة للوكالة

الامره

بلا علم صاحبه وينعزل ايضا بعجز موكله لو كان الموكل مكاتبا وبحجره لو ماذونا
لما قرر ان بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة فيشترط في حالة البقاء
قيام الامر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز فبطل الوكالة علم الوكيل او لا لانه
البطلان حكمي كما مر اذا وكل يعني ان ما ذكر من انعزال الوكيل المكاتب بعجزه
ووكيل الماذون بحجره اذا وكل ذلك الوكيل في العقود والخصومة لا في قضاء
الدين واقتضائه لان العبد مطالب بايفاء ما وليه ومطالبة باستيفاء ما وجب
له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء
بعد الحجر بطل الانعقاد بمباشرته لا ينعزل بعزل مولى وكيل عبده الماذون
لانه حجر خاص والاذن لا يكون الا عاما وكان العزل باطلا الا يرى ان
المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن ذكره الزيلعي قال وكلتك بكذا
على انى متى عزلتك فانت وكيلي فانه اذا عزل لم ينعزل بل كان وكيلا له
وهذا يسمى وكيلا دوريا واذا اراد ان يعزله بحيث يخرج عن الوكالة
يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك فانه اذا قال عزلتك كان معزولا نظرا الى
ظاهر اللفظ ومنصوبا بوجوب الشرط حيث قال متى عزلتك فانت وكيلي
واذا قال ثم عزلتك ينعزل عن الوكالة الثابتة بهذا اللفظ لان متى
يفيد عموم الافعال ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي لا يكون معزولا
بل كلما عزل كان وكيلا لان كلما يفيد عموم الافعال واذا اراد ان يعزله
يقول في عزله رجعت عن الوكالة المعلقة فاذا رجع عنها لا يبقى لها
اثر فيما يقول بعدها وعزلتك عن المنجزة الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل

كتاب الكفالة

الكفالة هي لغة الضم مطلقا وشرعا ضم ذمة الى ذمة في مطالبة النفس او المال او التسليم فان في الهداية
والكافي وغيرهما هي ضم ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح اقول
لا صحة للثاني اصلا ليكون الاول اصح لخروج الكفالة بالنفس عنه مع انهم

قسموها

قسموها بعد التعريف الى الكفالة بالنفس والمال ثم ان تقسيم الكفالة الى القسمين
يشعر بانحصارها فيهما مع انهم ذكروا في اثناء المسائل ما يدل على وجود
قسم ثالث وهو الكفالة بتسليم المال كما سيأتي ولهذا اخترت تعريفا صحيحا
متناولا لجميع الاقسام صريحا وركنها الايجاب اي ايجاب الكفيل بقوله
كفلت عن فلان لفلان بكذا والقبول اي قبول الطالب والمكفول
له وشرطها كون المكفول به نفسا كان او مالا مقدور التسليم من
الكفيل حتى لا تصح الكفالة من الحدود والقصاص كما سيأتي وفي الدين
كونه صحيحا حتى لا يجوز الكفالة ببدل الكتابة كما سيأتي وحكمها لزوم
المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا كان او مالا واهلها اهل
التبرع بان يكون حرا مكلفا فلا يصح من العبد والصبي والمجنون لكن
العبد يطالب بعد العتق كذا في الخلاصة فالمدعي مكفول له اذ الى رجع
فايدة الكفالة اليه والمدعى عليه مكفول عنه ويسمى الاصيل ايضا
والنفس في الكفالة بالنفس والمال في الكفالة بالمال مكفول به فالمكفول عنه
والمكفول به في الكفالة بالنفس واحد ومن لزم عليه المطالبة كفيل والكفالة
اما بالنفس ان تعددت اي الكفالة بالنفس في النفس ايضا الا ان يأخذ
منه كفيلا ثم كفيلا والثاني ان يتعدد النفوس المكفول بها فانه جائز
كما يجوز بالديون الكثيرة او بالمال وما يتعلق به وهو التسليم اما الاول
اي الكفالة بالنفس فتصح بكفلت بنفسه وبما يعبر به عنها عن النفس
كالرأس والوجه والرقبة والعنق والجسد والبدن ككفلت برأسه او وجهه
وبجزء شايع ككفلت بنصفه او ثلثه او ربعه وتصح ايضا بضمنته و
بعلي فان على للالتزام فمعناه انا ملتزم تسليمه والي فانه يستعمل في معنى على
وانا به زعيم فان الزعامة هي الكفالة او قبيل هو بمعنى الزعيم لا بانا ضامن
لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم

وانما قال صريحا احترازا عنه اذ يقال الكفالة بتسليم المال تابع للكفالة بالمال وذكره مغن عن ذكره وان كان بعيدا فتدبر

واختلف في انا ضامن لتعريفه او على تعريفه كذا في الخلاصة فان عين وقت التسليم احضره
فيه اذا طلب المطالب منه كذا اي احضره ايضا اذا اطلق بان قال انا كفيل بنفسه اذا
طلبته سلمته اليك او ان طلبته ونحو ذلك او عمم بان قال انا كفيل به كلما طلبته او
متى ما طلبته سلمته اليك وان لم يحضره الحاكم له لامتناعه عن ايفاء حق لازم عليه
لكن لا يحبسه اول ما ادعى لعله لم يعلم لما ادعى وان غاب اي المكفول عنه وعلم
مكانه امهله اي الحاكم الكفيل اي بالمكفول به لانه عاجز وقد صدقه
الطالب فصار كالمديون اذا اثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل
لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه ينظر فان كان له تجارة معروفة يخرج الى موضع
معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب
الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب والا فالقول قول الكفيل لانه متمسك
بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وان شرط تسليمه في مجلس القاضي
سلمه فيه لم يجز في غيره وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق ذكره الزيلعي
وغيره كفل بالنفس الى شهر يطالبه بها بعده يعني لو قال كفلت لك بنفس فلان
الى شهر فانه لا يطالبه بتسليم النفس في هذا الشهر ويطالب بعد مضي الشهر
قال شمس الائمة الحلواني هذا يدل على خلاف ما يظنه العوام فانهم يقولون
اذا قال الرجل بالفارسية لا خوف فلانرا پذيرفتم تا يكسال انه يطالبه
بتسليمه في السنة قبل مضي الاجل ولا يطالبه بتسليمها بعد مضي الاجل
قال وليس الا كما يظنون بل الجواب على العكس الا ان يزيدوا فيقولوا
الكفالة هركاه كه بخواهي بتو سپارم فحينئذ يطالبه في السنة وبعدها كذا في الخلاصة
وفيه ايضا والحيلة في سقوط المطالبة ان يزيد الكفيل في كفالته فيقول انا كفيل
بنفس فلان الى كذا من الاجل ثم لا كفالة لك به علي بعده او انا بريء فاذا قال
ذلك فانه لا يطالب في الحال ولا بعد مضي الاجل بريء الكفيل بموته اي موت الكفيل
لحصول العجز الكلي عن تسليم المطلوب من الكفيل بعد موته وورثته لم يكفلوا بشيء

٤٣٦

وانما يحلفون فيما له فيما عليه ولا تبقى الكفالة باعتبار تركته لامتناع استيفاء
النفس من المال بخلاف الكفالة بالمال وبريء اي الكفيل بالنفس ايضا بموتها
اي النفس المطلوبة لامتناع التسليم ولو كانت النفس المكفول بها عبدا
الكفيل وانما قال هذا دفعا للتوهم ان العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزم قيمته
فان هذا اذا كان على العبد مال مطالب وكفل بنفسه رجل واما اذا كان المطالب
رقبة العبد فسيأتي انه اذا مات واثبت الخصم وفاته ضمن الكفيل قيمته لا اي
لا يبرأ الكفيل بموت الطالب بل وارثه او وصيه يطالب الكفيل ويبرأ الكفيل
ايضا بتسليم الكفيل او معونه وكيلا كان او رسولا المطلوب او تسليم ذلك اي
المطلوب نفسه الى الطالب متعلق بقوله بتسليم حيث يمكن مخاصمته اي
وان لم يقل اذا سلمته اليك فانا بريء حتى لو سلمه في برية او سواد او سجن جبر فيه
غير الطالب يبرأ قائلا سلمته اليك عن طرف الكفيل في صورة تسليم المامور
او سلمت نفسي عنه اي عن الكفيل في صورة تسليم المامور نفسه قال قاضيخان
المكفول بالنفس اذا سلم نفسه الى المكفول له وقال سلمت نفسي اليك عن
الكفيل بريء وان لم يقل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل وكذا لو امر الكفيل رجلا
بان يسلم نفس المكفول به الى الطالب ان قال المامور للطالب سلمت اليك نفسه عن
الكفيل بريء الكفيل وفي تسليم الاجنبي شرط معه اي مع ذكر قوله عن الكفيل
قبول الطالب قال قاضيخان لو ان رجلا اجنبيا ليس بمامور سلم المكفول به
الى الطالب وقال سلمت عن الكفيل ان قبل الطالب بريء الكفيل وان سكت
الطالب لم يقل قبلت لا يبرأ الكفيل كفل بنفسه على انه ان لم يسلمه غدا فهو
ضامن لما عليه من المال ولم يسلمه غدا صحت الكفالتان اي بالنفس والمال
يعني رجل له على غيره مائة درهم فكفل آخر بنفسه على الوجه المذكور صحت الكفالتان
واذا لم يواف به غدا فعليه المائة لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة
وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك

مطلب التعامل يترك القياس

الكفالة في البيع كما لو اشترى بغلة على ان يجذو البائع موان بابه اضيق
من الكفالة فلان يترك هنا وبابها اوسع لانها من التبرعات اولى واذا لم
يوافيه صح اي ضم المال لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانه لا تنافي بين الكفالتين
فان مات المطلوب ضمن الكفيل المال او مات الكفيل فوارثه اي ضمن وارثه
او مات الطالب فكذا اي طلب وارثه ادعى على رجل مائة دينار لم يبينها انها
اشرفية او جيدة او افرنجية ليصح الدعوى فكفل بنفسه آخر على انه ان
لم يسلمه غدا فعليه المائة صحتا اي الكفالتان عندهما وقال محمد لم تصحا
اذ لم تصح الدعوى بلا بيان فلم يجب احضار النفس لعدم صحة الكفالة
بها فلم يصح بالمال لابتنائها عليها ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق باصل الدعوى فظهر صحة
الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية والقول اي للكفيل في البيان اذا اختلفا و
وعدم لانه يدعي الصحة لا جبر على اعطاء الكفيل في حد وقود مطلقا وعندهما
يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القود لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود
خالصة لله تعالى ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيهما الاستيثاق بخلاف سائر
الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق ولو اعطى جاز
لامكان ترتيب موجبه عليه وهو المطالبة بالنفس ولا حبس فيهما اي في حد وقود
حتى يشهد مستوران او عدل لان الحبس هنا للتهمة وهي تثبت باحد
شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في الاموال لانه غاية
عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة كاملة واما الثانية اي الكفالة بالمال
فيصح ولو جهل المكفول به اذا صح دينا الدين الصحيح دين لا يسقط
الا بالاداء او الابراء احترز به عن بدل الكتابة وسيأتي بكفلت عنه بالف او بما لك
عليه او بما يدركك في هذا البيع هذا يسمى ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق اي
يضمن المشتري اذا استحق المبيع وبما بايعت فلانا اي ما بايعت منه فانه

لثمنه لانه مأمور به منه فانه ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا يجوز كما سيأتي وفي
تمام التحقيق في كتاب ... او ما ذاب اي وجب لك عليه او ما في هذه الصورة شرطية معناه
ان بايعت فلانا فبكونه بمعنى التعليق او علقت عطف على صح وبيان لنوع
صريح الشرط والاول في الامثلة السابقة بمعنى الشرط ملايم اي مناسب للكفالة بان يكون
شرطا لوجوب الحق نحو ان استحق المبيع او لامكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد
وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء نحو ان غاب زيد المكفول عنه عن
المصر فان كلا منها مناسب للكفالة كالشروط المفهومة من الامثلة المذكورة
فانها سبب لوجوب المال فناسب ضم الذمة الى الذمة لا اي لا تصح الكفالة ان
علقت بنحو اي بشرط غير ملايم نحو ان هبت الريح او جاء المطر قال في الهداية
لا تصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر الا انه تصح الكفالة
ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة
كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافي وقال الزيلعي هذا سهو فان الحكم
فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملايم فصار كما لو علق
بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره قاضيخان وغيره اقول قوله هو
خطأ لان المذكور في العمادية والاسرار وشرحه ان الكفالة مما لا تبطل
بالشروط الفاسدة فالطلاق فيه روايتان يؤيده ان الصدر الشهيد
نقل مسئلة هي ان العبد المأذون اذا لحقه دين وخاف صاحب المال
ان يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال ان اعتقه المولى فانا ضامن
لدينك عليه صحت الكفالة ثم يقول هذه المسئلة دليل على ان تعليق
الكفالة بشرط غير متعارف جائز ولا تصح ايضا بجهالة المكفول عنه
وبجهالة المكفول له نحو ما ذاب لك على الناس او واحد منهم فعلي والناس
نحو ما ذاب للناس او واحد منهم عليك فعلي كذا في العمادية ولا بنفس حد
وقصاص لما مر ان شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل

وهذا ان ليس كذلك وانما قال بنفس حد وقصاص احتراز عن الكفالة بنفس من عليه الحد
والقصاص فانها تجوز كما مر آنفا ولا بحمل دابة معينة مستأجرة للحمل لعجزه عن تسليم
لانه يستحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا
الاجر لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق
الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة
غير معينة لان الواجب على الموجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بان
يحمل على دابة نفسه ولا بالثمن للموكل ورب المال اي اذا باع رجل لرجل
ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشتري للآمر او باع المضارب مال المضاربة
ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان حق القبض للوكيل والمضارب
ولهذا لا يبطل بموته حتى لو ما كان له ان يقبض الثمن وكذا لو
نهاه الموكل عن قبض الثمن حال حيوته لا يعمل نهيه فلو صح الضمان
صار ضامنا لنفسه وانه لا يجوز ولشريك اذا بيع صفقة يعني
باع رجلان عبدا لهما صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته
من الثمن بطل الضمان لان الصفقة اذا اتحدت فالثمن يجب لهما مشتركا
بينهما فلو صح ضمان احدهما لصاحبه بنصيبه شايعا صار ضامنا
لنفسه وهو باطل ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين
قبل القبض وهو باطل لان القسمة يقتضي ان يصير حق كل منهما مفرزا
على حدة وهو لا يتصور في الدين وان باعا العبد صفقتين بان باع
كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة فضمن احدهما لصاحبه حصته
من الثمن صح لان الصفقة اذا تعددت فما يجب بكل منهما يكون
له خاصة ولا بالعهدة لانها اسم مشترك تقع على الصك القديم
والعقد وحقوق العبد والدرك وخيار الشرط فتعذر العمل بها
قبل البيان ولذلك بطل الضمان ولا بالخلاص عند ابي حنيفة رح لان

معناه عنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشتري وهو غير مقدور
له وصح عندهما ضمان الثمن ان عجز عن تسليم العين بورود الاستحقاق
فيكون كالدرك ولا ببدل الكتابة لانه في معرض الزوال بالعجز فلا يكون
دينا صحيحا ولا عن ميت مفلس يعني اذا مات عليه دين ولم يترك
شيئا فكفل عنه للغرماء رجل لم يصح عند ابي حنيفة رح لانه كفل بدين
ساقط عن ذمة الاصيل لان الدين عبارة عن اشتغال الذمة بدين
يجب اداؤه لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات
عاقبة الاستيفاء فسقط ضرورة ولا بلا قبول الطالب في مجلس عقد
الكفالة الا في مسئلة واحدة وهي ان يتكفل وارث المريض عنه بغيبة الغرماء
بان يقول المريض لورثته او بعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي
فضمنوا به مع غيبتهم فانه جاز استحسانا وان كان القياس ان لا يجوز لان
الطالب غايب لا يتم الضمان الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية
منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين
وغرمائه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا انما يصح
الا اذا ترك مالا وصحت اي الكفالة بلا قبول الطالب عند ابي يوسف
مطلقا في رواية وفي رواية اذا بلغه الخبر واجازه وبه يفتى كذا
في تلخيص الجامع الكبير وفي الفتاوى البزازية واجمعوا انه لو
الكفيل اذا قال بطريق الاخبار بان يقول انا كفيل بمال فلان على فلان
جاز كذا في الخلاصة ولا بالامانة كالوديعة والمستعار والمستأجر
ومال المضاربة والشركة ولا بالبيع قبل القبض والمرهون بعد القبض
لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل
بحيث ان لا يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم
فيجب على الكفيل والامانات ليست بمضمون والمبيع قبل القبض ليس

بمضمون بنفسه بل بالثمن كما مر وكذا الرهن ليس بمضمون بنفسه بل يسقط الدين
اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل في هذه الصور لعدم وجوبه على
الاصيل ويجوز اى الكفالة بتسليمها اى تسليم الامانات والمبيع والمرهون
فان كانت قائمة وجب تسليمها وان هلك لا يجب على الكفيل شئ كالكفيل
بالنفس وقيل ان وجب اى تسليمها والا اى وان لم يجب تسليمها عليه كالوديعة
فلا اى لا يجوز الكفالة بتسليمها وتصح اى الكفالة بالثمن لانه دين صحيح
مضمون على المشتري وفي المغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع
بيعا فاسدا لانها مضمونة حتى اذا هلكت عنده يجب الضمان عليه فامكن
ايجابه على الكفيل وتصح بالخراج لانه دين مطالب من جهة العباد
فصار كسائر الديون بخلاف الزكوة في الاموال الظاهرة والباطنة
لان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من
تركته بعد موته الا بوصيته والنوائب قيل هي ما يكون بحق كاجرة
الحارس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى
وقيل هي ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا ياخذ الظلمة بغير حق فان
اريد الاول جاز الكفالة بها اتفاقا لانه واجب مضمون وان
اريد الثاني ففيه اختلاف المشايخ والقسمة هي النوائب الا ان
القسمة ما يكون راتبا والنوائب ليست كذلك وانما يوظف الامام
عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شئ وقيل هي ان يمتنع احد الشريكين
من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه شخص لانها واجبة والدرك
وقد مر بيانه والشجة وهي الجراحة والكفالة بها ان يقول كفلت بموجبها
وهو الارش وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه القصاص بل الدية
اذ الواجب مال واجب الاداء قال ادفع اليك او اقضه لا يكون
كفالة الا ان يذكر ما يدل على الالتزام او علق قال في الخلاصة

٧

على الاصيل كالعارية والاجارة جازت اى الكفالة بها اي بتسليمها

٣٩ عم

وفي الفتاوى النسفي لو قال لصاحب الدين الدين الذي لك على فلان انا ادفعه
اليك او اقضيه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام بان يقول كفلت
او ضمنت او علي او الي اما لو قال تعليقا يكون كفالة نحو ان قال ان لم يؤد فلان
فانا ادي يصح وللطالب مطالبة الاصيل مع الكفيل لان مفهوم الكفالة وهو ضم
ضم الذمة في المطالبة يقتضي قيام الذمة الاولى لا البراءة عنها الا
اذا شرط البراءة فيكون اى الكفالة ح حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط
عدم البراءة اى براءة المحيل كفالة وله ايضا مطالبة احدهما ومطالبة
الاخر لان مقتضاها الضم لا التمليك بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين
حيث يتضمن التمليك منه اذا قضى القاضي به فلا يمكنه التمليك من الثاني كفل
بمالك عليه اى قال كفلت بمالك عليه فان برهن اى الطالب على الف لزم اى
الالف الكفيل لان الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان والا اى وان لم يبرهن
صدق الكفيل فيما يقر مع يمينه لانه منكر للزيادة ولا الاصيل في الزائد عليه في
حق الكفيل يعني ان اعترف الاصيل بالزائد على ما اقر به الكفيل لم يصدق على كفيله لانه
اقرار على الغير ولا ولاية له عليه بل يصدق في حق نفسه كفل بامره يعني يجوز
الكفالة بامر المكفول عنه وبلا امره لاطلاق قوله عم الزعيم غارم فاذا كفل بامره
وادى رجع عليه اى المكفول عنه بما ادى اذا ادى ما ضمنه لانه قضى دينه بامره
فيرجع عليه واذا ادى خلافه رجع بما ضمن له لا بما ادى حتى لو كفل بالجياد وادى
الزيوف وتجوز منه الدراهم رجع على المكفول عنه بالجياد ولو كفل بالزيوف
وادى الجياد رجع عليه بالزيوف لان رجوع الكفيل بحكم الكفالة فانما يرجع
بما يدخل تحت الكفالة بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى اذ
لا يجب عليه شئ حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما ادى ولا يطالب اى
الكفيل المكفول عنه بالمال قبل الاداء اى المكفول لانه لا يملك ما في ذمة المكفول عنه
ويملكه بعده فيرجع وبدونه اى بدون امره لم يرجع بما ادى لانه متبرع فيه وان وصلية

مطلب الكفالة بشرط البراءة حوالة

اجاز اى المكفول عنه بعد العلم لان كل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا ينقلب
موجبة بعد كذا فى العناية فان ضمن الفاسد على قضمن فادى لم يرجع عليه
الا اذا قال عنى كما مر فى الكفالة بالنفس فان لو زم الطالب الكفيل طلب المال لازم
اى الكفيل المكفول عنه وان حبس اى صار الكفيل محبوسا حبسه اى المكفول عنه
وان حبس اى صار الكفيل محبوسا اذ لم يلحقه الحق الا من جهته فيجازى بمثله
ابراء الطالب الاصيل او قبل اى الاصيل الابراء برئا اى الاصيل والكفيل
معا او اخره اى الطلب عنه اى الاصيل تأخر عنهما لان الاصيل والكفيل تابع
بلا عكس فيهما لاستلزامه تبعية الاصل للفرع ولو ابرا اى الطالب الكفيل فقط
وان لم يقبل اخر الا دين عليه ليحتاج الى القبول بل عليه المطالبة وهى تسقط
بالابراء ولو وهب الدين له اى للكفيل ان كان غنيا او تصدق عليه كان
فيقر بشرط القبول كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح
اذ تسلط عليه الكفيل تسلط على الدين فى الجملة كذا فى الكافى وبعد لا رجوع على الاصيل
كذا فى التاتارخانية صالح احدهما الاصيل والكفيل الطالب عن الف على
خمسمائة برئا اى الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الف الدين
وهو على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبرئته توجب براءة الكفيل وان ادى
رجع على الاصيل بها اى بخمسمائة اذا امره ان كفل بامره او بالاداء لانه يملك ما فى ذمة الاصيل
كلها توصيله بالصوغ ولو صالح عن جنس اخر رجع بالالف لانه مبادلة فتملكه ما فى ذمة
الاصيل فرجع بكله عليه صالح اى الكفيل عن موجب الكفالة لم يبرأ الاصيل
لان موجبها المطالبة وابراء الكفيل عنها لا يوجب براءة الاصيل قال الطالب
للكفيل برئت الى من المال رجع الى الاصيل لانه اقرار بقبض المال من الكفيل
لانه اسند البراءة الى الكفيل وغياها الى نفسه بقوله الى والبراءة التى ابتداؤها
وفى ابرأتك لا اى لا يرجع لانه ابراء لا اقرار منه بالقبض من الكفيل فى اختلف فى برئت
بغير اذا قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الى فهو ابراء عند محمد وعند ابى يوسف

رحمهما الله

٣١١
٣١٠

٤٠٤٠

رحمهما الله اقرار بالقبض هذا كله اذا غاب الطالب وان كان حاضرا يرجع اليه فى البيان
لقصد وراء الاجمال عنه لا يصح تعليق البراءة عنها اى الكفالة بالشرط مثل اذا
جاء غد فانت برئ منها لان فى الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا
على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهرا واما على قول من يقول بثبوت
المطالبة فقط لان فيها تمليك المطالبة وهى كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك
لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة لا الدين فى
الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق وقيل اذا كان الشرط مما فيه منفعة
فيه للطالب يصح نحو اذا جاء غد فانا برئ من المال فقبل الطالب فوافاه
الكفيل فى الغد فهو برئ من المال كذا فى العناية مات الكفيل قبل الاجل حل اى
الدين عليه فان ادى وارثه لم يرجع قبل حلوله لان الكفيل التزم الدين مؤجلا
فلو رجعوا بالمعجل وهو اكثر من المؤجل فى المالية يكون ربوا وان مات المطلوب
قبل الاجل حل عليه الا جل فقط وان ابا اى الكفيل والمكفول عنه فالطالب
يأخذ عن اى الشركتين شاء لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما فى الجيوش
لان تحت اصيل ادى الى الكفيل ليدفع الى الطالب فان لم يعط الطالب تعلق به حق على احتمال
قضائه الدين فلا يجوز الاسترداد ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها
الى الساعى وان ربح اى الكفيل به اى بالمال الذى قبضه الكفيل من المطلوب قبل ان
يعطى الطالب طاب له اى للكفيل لانه يملكه بالقبض وكان الربح بدل ملكه وندب
رده اى الربح على قاضيه وهو الاصيل فيما يتعين كالحنطة والشعير هذا
اذا قضى الاصيل الدين وهو قول ابى حنيفة رح وعنه انه يتصدق به
وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه امر كفيله ببيع العينة ففعل فالمبيع للكفيل
والربح الذى حصل للبائع يكون عليه اى للكفيل لا الآمر وبيانه ان الاصيل
امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر من التاجر نوعا من الاقمشة
ثم بعه فما ربح البائع منك وخسرته انت فعلى وهو يأتى الى تاجر فيطلب منه القرض

بالتعيين
مطلب بيع عينه

ويطلب منه الربح ويخاف من الربوا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة
عشر نسيئة فيبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبائع
خمسة عشر الى اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض درهما ثوبا
يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى
عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذي ربحه على التاجر
يلزمه ولا يلزم الآمر شيء لانه اما ضامن لما يخسره كما قال بعضهم نظرا الى قوله
علي فانها للوجوب فلا يجوز كما اذا قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي
واما توكيل بالشراء كما قال بعضهم نظرا الى الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع
الثوب وثمنه ويسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال
باع بعينة اي نسيئة ذكره الزيلعي كفل بما ذاب له او قضي له عليه او بما
لزمه له اي كفل رجل عن رجل لرجل بما ذاب له عليه فغاب الاصيل فبرهن
المدعي على الكفيل ان له على الاصيل كذا رد اي لم يقبل برهانه على الكفيل (حتى يحضر الغائب فيقضي عليه لان شرط وجوب المال على الكفيل در
القضاء بالمال على الاصيل وهو لم يوجد لكونه غائبا برهن ان له على زيد
الغائب كذا وهذا كفيله قضي على الكفيل لان المدعي ههنا مال مطلق فامكن
اثباته بخلاف ما تقدم فانه مقيد بكون المال مقضيا به على الاصيل ولو زاد
بامره قضي عليهما لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير
امره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء باحدهما لا يكون قضاء بالاخر فاذا
قضي بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه
والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها لا تعتمد قيام الدين في زعم
الكفيل فلا يتعدى منه وفي الكفالة بالامر يرجع الكفيل بما ادى على الامر
كفالته بالدرك تسليم للمبيع واقرار منه بان لا حق له في المبيع حتى لا يجوز
بعدها دعوى ملكيته كما كتب شهادته في صك كتب فيه باع ملكه او باع
بيعا نافذا باتا فانه ايضا تسليم للمبيع واقرار منه بان لا حق له في المبيع

اعم ع

وكونه نافذا باتا فانه لا يكفي سلما لانه يبيع بعض ودعوى الملكية ح ح ح ح ح

لا كتب شهادته في صك بيع مطلق عن قيد الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره
بالملك للبائع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ
الواقعة بخلاف ما تقدم فانه مقيد بما ذكر كما كتب شهادته على اقرار العاقدين
فانه ايضا لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر
بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه قال ضمنته لك الى شهر وقال الطالب
حال فالقول للضامن يعني اذا قال الكفيل ضمنت لك عن فلان الفا
الى شهر فلا تطالبني الآن وقال الطالب هو حال فالقول للكفيل و
عكسه في لك علي مائة الى شهر اذا قال المقر حالة والفرق ان الكفيل لم يقر
بالدين اذ لا دين عليه في الصحيح كما مر وانما يقر بمجرد المطالبة بعد شهر
والطالب يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فالقول له والمقر بالدين
ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى شهر فلا يقبل قوله بلا بينة لا يؤخذ
ضامن الدرك اذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن لان
البيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق ما لم يقض بالثمن عليه فلا يجب
رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل قال لآخر اسلك هذا الطريق
فانه آمن فسلك فاخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك
فانا ضامن وباقي المسئلة بحالها ضمن وصار الاصل ان المغرور انما
يرجع على الغار اذا حصل الغرور في ضمن المعاوضة او ضمن الغار صفة
السلامة للمغرور نصا حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعلها في الدلو فجعلها
في الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالما به
يضمن لانه صار غارا في ضمن العقد بخلاف المسئلة الاولى لانه ثمة ما ضمن
السلامة بحكم العقد وههنا العقد يقتضي السلامة كذا في العمادية

قوله اجعل الحنطة م
قوله اجعل الحنطة في الدلو هكذا في النسخ الكثيرة وفي بعضها الدلو وهو الاصح وانى

فصل لهما دين على آخر فكفل احدهما لصاحبه بنصيبه لم يجز
يعني اذا كفل احد الشريكين لصاحبه بنصيبه من الدين لم يجز لانه لو انصرف

إلى نصيبه يكون قسمة الدين وهو باطل ولو انصرف إلى الشائع يكون ضامنًا لنفسه
فلو قضى بحكم الضمان لكان تبرعًا للاداء بعقد فاسد بحكم ولو ادى متبرعًا جاز
لان التبرع لا يتم الا بالقبض وبه يصير عينا وتميز نصيب شريكه بصيرورته
عينًا بفعله كذا في الوجيز شرح الجامع الكبير وعليهما دين لآخر بان
اشتريا عبدًا بالف وكفل كل عن الآخر جاز لعدم المانع ولم يرجع على شريكه
الا بما ادى زائدًا على النصف لان كلا منهما اصيل في النصف وكفيل في النصف
فما يؤديه ينصرف إلى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه اصالة وبين
ما عليه كفالة لان الاول دين ومطالبة فقط واما الزائد فينصرف إلى
ما عليه كفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ان يرجع
عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدي نائبه وادائه نائبه كادائه فيؤدي
إلى الدور كفلا بشيء عن رجل بالتعاقب وكفل كل برائه بذلك الشيء
عن الآخر بامره يعني اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه رجلان
كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل منهما عن صاحبه بما لزمه
بالكفالة اذ الكفالة بالكفيل جائزة فما ادى احدهما رجع بنصفه على
شريكه ثم يرجعان على الاصيل او رجع هو بالكل على الاصيل لان ما
عليهما مستويان بلا ترجيح اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعًا
بينهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدي إلى الدور هذا اذا كفل كل
منهما عن صاحبه بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل
كل منهما بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه فهي كما قبلها اي كالمسئلة الاولى
في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يؤد زائدا على النصف كذا لو كفلا عن الاصيل
بالجميع او كفل كل برائه بالجميع متعاقبا ثم كل عن صاحبه بالنصف لما ذكر وان ابرأ
الطالب احدهما اخذ بكله فبأخذه افترق المفاوضان اي الشريكان شركة مفاوضة
اخذ الغريم ايًا شاء لان كلا منهما كفيله عن الآخر كما سيأتي في كتاب الشركة ولا يرجع

بكل الدين

مقام كفل كل عن صاحبه لان الدين عليهما نصفين فلا يكفل الكفيل عن الاصيل بالجميع بنفسه براءته

لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله

الآخر

حتى يؤدي اكثر من النصف لما ذكر في كفالة الرجلين كاتب عبدين بعقد بان قال
كاتبتهما بالف الى سنة مثلا وكفل كل عن صاحبه جاز استحسانًا والقياس ان لا يجوز لان
فيه كفالة المكاتب في الكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع
اولى فصار كما اذا تعاقب كتابتهما فانه بطل ولهذا قال بعقد وجه الاستحسان ان
تصرف العاقل يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا بجعل كل المال
على كل منهما في حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلقا بادائه لان معنى قوله
كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم فانتما حران فكانه قال لكل منهما ان اديت
الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا باداء الالف ولا يحصل العتق
باداء نصفه اذ الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء فيطالب المولى
كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق
الآخر تبعًا كما في ولد المكاتب فما ادى احدهما رجع على الآخر بنصفه
لاستوائهما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشيء انتفى المساواة وان عتق
احدهما قبل ان يؤديا شيئا جاز لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف
لانه لم يرض بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط
النصف وبقي النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما فيجب ان
يكون موزعًا منقسما عليهما وانما جعله على كل منهما للتصحيح الضمان
فكان ضروريًا لا يتعدى غير موضعها واذا اعتق استغنى واذا اعتق استغنى
عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف واذا اعتق
المولى احدهما اخذ ايهما شاء بحصة من لم يعتقه اما اخذ المعتق فبالكفالة
واما اخذ صاحبه فبالاصالة اعترض بان اخذ المعتق بالكفالة تصحيح الكفالة
ببدل الكتابة وهو باطل واجيب بان كلا منهما كان مطالبا بجميع الالف و
الباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وصف الثبوت
فان اخذ المعتق رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه واذا اخذ الآخر

لا اى لا يرجع عليه لانه اداه عن نفسه مالا لا يجب على عبد حتى يعتق وهو دين
لم يظهر فى حق المولى كما اذا لزمه باقراره او باستقراضه او وطئه بشبهة او كاستهلاكه
وديعة فانها لا يظهر فى حق المولى بل يؤخذ بها العبد بعد عتقه حال على
كفل به كفالة مطلقة عن قيد الحلول فى التاجيل لان المال حال عليه لوجود
السبب وقبول الذمة لكنه لا يطالب لعسرته اذ ما فى يده لمولاه ولم يرض بتعلقه
به والكفيل غير معسر نحله فاما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل
حالا لانه التزم المطالبة بالدين المؤجل وان ادى رجع عليه بعد عتقه
لو كفل باذنه لان الكفيل باداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا
يطالبه قبل الحرية ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد
برئ الكفيل لبراءة الاصيل بموته كما اذا كان المكفول بنفسه حرا اما عبد
مكفول برقبته فهذا انه لمدعيه ضمن الكفيل قيمته يعنى ادعى رجل
رقبة عبد فكفل به آخر فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن
الكفيل قيمته اذ كان على المولى رده على وجه يخلفه قيمته وقد التزم
الكفيل ذلك وبعد موته يبقى القيمة على الاصيل فكذا الكفيل كفل
عبد عن مولاه باذنه فعتق فاداه او عكس اى كفل مولى عبد عنه
واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر يعنى الاولى ان لا يكون
على العبد دين لانه اذ به بتكفيله يصح اذا لم يكن عليه دين مستغرق
وان كان فلا يصح لتضمنه ابطال حق الغرماء واما كفالة المولى عن عبده
فيصح مطلقا وانما لم يرجع لان الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع
لان احدهما لا يستحق على الاخر دينا فلا ينقلب موجبة للرجوع كما
فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين
من ساير امواله وفائدة العكس تعلقه برقبة العبد

كتاب الحوالة

هى لغة اسم بمعنى الاحالة وهى النقل مطلقا وشرعا نقل الدين من ذمة الى ذمة

اى منقطعة المحيل الى ذمة المحال عليه وانما خصت بالدين لانها نقل شرعى
والدين وصف شرعى يظهر اثره فى المطالبة فالنقل الشرعى جاز ان يؤثر فى
الوصف الشرعى كما ان البيع الشرعى جاز ان يؤثر فى نقل الملك الذى هو الوصف
الشرعى ويتبعه نقل العين الذى هو المبيع فالمديون محيل والداين محتال
ومحتال له ومحال له يعنى يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة فى الاصطلاح

قوله يعنى يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة فى الاصطلاح الصواب الالفاظ الثلثة كما قيل وقد يصحح لفظ الاربعة بناء على ان لفظ محال ساقط من النسخة فانه ايضا مستعمل بمعنى الداين كالمحال عزمى زاده

ومن يقبلها اى الحوالة محتال عليه ومحال عليه يعنى يطلق ايضا هذان اللفظان
وللمال محال به وشرط لصحة الحوالة رضا الكل اما الاول فلان ذوى المروات
قد يانفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه واما رضاء
الثانى وهو المحتال فلان فيها انتقال حقه الى ذمة اخرى والذمم متفاوتة
فلا بد من رضاه واما رضاء الثالث وهو المحتال عليه فلانها الزام
الدين ولا لزوم بلا التزام بلا خلاف فى الا فى الاول حيث قال فى الزيادات
الحوالة تصح بلا رضا المحيل لان التزام الدين من المحال عليه تصرف فى
حق نفسه والمحيل لا يتضرر بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع اذا لم
يكن باذنه وشرط حضور الثانى يعنى لا تصح الحوالة فى غيبة المحتال الا
ان يقبل اى الحوالة فضوليا له اى لاجل الغايب كذا فى الخانية لا حضور الباقين
اما عدم اشتراط حضور الاول وهو المحيل فبان يكون يقول رجل للداين
لك على فلان بن فلان الف درهم فاحتل بها على فرضى الداين فان
الحوالة تصح حتى لا يكون له ان يرجع واما عدم اشتراط حضور الثالث
وهو المحتال عليه فبان يحيل الداين على رجل غايب ثم علم الغايب
فقبل صحت الحوالة كذا فى الخانية واذا تمت اى الحوالة برئ المحيل
عن الدين بقبول المحتال والمحتال عليه لان معنى الحوالة النقل كما مر
وهو فراغ ذمة الاصيل لان من المحال بقاء الشئ الواحد فى محلين
فى زمان واحد ولا يرجع عليه المحتال الا بالتوى لانها مقيدة بسلامة حقه له

لان المقصود فيرجع عند عدم السلامة ويتبين التوى بقوله بموت المحتال عليه
مفلسًا او حلفه حال كونه منكرا الحوالة ولا بينة عليها لان العجز عن
الوصول الى حقه يتحقق بكل وهو التوى حقيقة وعندهما هذان وثالث
وهو ان يحكم القاضي بافلاسه في حيوته تصح اي الحوالة بالدراهم المودعة
يعني اذا اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر صح لانه اقدر على التسليم
فكانت اولى بالجواز وتصح ايضا بالدراهم المغصوبة اي الدراهم التي
غصبها المحتال عليه من المحيل وبالدين الكائن للمحيل على المحتال عليه
وتبطل اي الحوالة بهلاك الاولى اي الوديعة لتقيد الكفالة بها لانه
ما التزم الاداء الا منها او استحقاقها لانه هلاكها وبرئ المودع
ويعود الدين على المحيل وتبطل ايضا باستحقاق الثانية اي الدراهم
المغصوبة لعدم ما يخلفها وبرئ الغاصب ويعود الدين لا بهلاكها
اي لا تبطل الحوالة بهلاك الثانية اذا كان فيه اي في هلاكه وفاء اي
ما يفي بمال الحوالة ويكون الضمان قائما مقام المغصوبة وفيهما اي في
هذه الصور المذكورة لا يطالب المحيل المحتال عليه بالعين
او الدين الذي قيدت الحوالة بهما لتعلق حق المحتال بهما ولا
يقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل يعني كما لا يملك المحيل مطالبة
المحتال عليه لا يملك المحتال عليه ايضا ان يدفعها الى المحيل حتى لو دفع
صار ضامنا للمحتال لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال ثم اي
المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته يعني ان هذه الاموال اذا تعلق
بها حق المحتال كان ينبغي ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته
كما في الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذي بيد المحال عليه للمحيل
والدين له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر
ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين

الغرماء

الغرماء واما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون
شرعًا لم يثبت لغيره ان يشاركه فيه بخلاف الحوالة المطلقة اعلم ان
الحوالة اما مطلقة ومقيدة اما المطلقة فهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له
على المحال عليه ولا بعين له في يده او يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين له
واما المقيدة فهي ان يكون للمحيل مال عند المحتال عليه من وديعة او غصب
او عليه دين فقال احلت الطالب عليك بالالف الذي لي عليك على ان تؤديها
من المال الذي لي عليك وقبل المحتال عليه فلما بين حكم المقيدة اراد ان يبين
حكم المطلقة بانه مخالف له حيث يطالب فيها المحيل المحتال عليه بالعين او الدين ويقدر
المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده او عليه بل حقه في
ذمة المحيل وفي ذمته سعة لا تبطل بأخذ ما عنده من العين كالمغصوب والوديعة او عليه
من الدين سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اما الاول فلان الاطلاق ينافي تعلق
الحق بخصوص ما عنده او عليه والمبطل تعلقه واما الثاني فلان المحيل ليس حق الاخذ
من المحتال فان دفعه اليه المحتال عليه فقد دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن
المحتال عليه لا يقبل قول المحيل احلت بدين لي عليك للمحتال عليه اذا طلب مثل
ما احال يعني رجل احال رجلا على آخر بالف فدفعه المحتال عليه الى المحتال ثم طلب الدافع
الالف من المحيل فقال المحيل بالف كان عليك والمحتال عليه ينكره فالقول له
ولا يكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه لان قبول الحوالة
دليلا على ان عليه دينا لان الحوالة تصح وان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين ولا
المحتال للمحيل اذا طلبه احلتني بدين لي عليك يعني اذا قال المحيل للمحتال اعطني
ما قبضته من فلان فاني احلتك لتقبضه لي وكنت وكيلي في قبضه فقال
المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي الدين وهو
منكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة والاقدام عليها
اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل في الوكالة مجاز

فلا يكون لغيره

المحتال اذا ادى المحيل فلم يقبل لاحتمال عود المطالبة الى المحيل بالتوى احال غريما
على رجل على ان يعطيه من ثمن دار اى دار المحتال عليه فقبل صحت الحوالة
لانه احال بما يقدر على ايفائه لانه يملك بيعها ولا يجبر على البيع لعدم وجوب
الاداء قبل البيع ولو باع يجبر على الاداء لتحقق وجوبه ولو احال على ان
يعطى من ثمن دار المحيل لا اى لا تصح لانه لا يقدر على بيعها الا اذا اوصى بالبيع
فح يصح لوجود القدرة على البيع والاداء بشرط ان يحيل على المشترى بالثمن عطا ما
اى للبايع بطل البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع ولو باع بشرط ان
يحتال بالثمن صح لانه يؤكد موجب العقد اذ الحوالة في العادة على الاملاء والاحسن
قضاء فصار كشرط الجودة كره السفتجة بضم السين وفتح التاء واحدة
السفاتج تعريب سفته وهى شئ محكم وسمى هذا القرض به للاحكام وصورته
ان يدفع الى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه الى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط
خطر الطريق

كتاب المضاربة

وجه المناسبة بين
الكتابين وجود معنى نقل المال في الحوالة والمضاربة في الجملة هى لغة مفاعلة
من الضرب في الارض وهو السير فيها سمى هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض
غالبا لطلب الربح وشرعا عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر وركنها
الايجاب بان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة
او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى بيننا نصفان او نحو
ذلك من الفاظ يثبت بها المضاربة والقبول بان يقول المضارب و
القبول بان يقول المضارب قبلت ونحوه وحكمها انواع الاول انها
ايداع اولا لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه المبادلة والوثيقة
بخلاف القبض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه
قبضه وثيقة وتوكيل عند عمله لانه يتصرف فيه لامره حتى يرجع بما لحقه من
العهدة على رب المال وشركة ان ربح لانه يحصل بالمال والعمل فيشتركان فيه

وصورته ان يقرضه دراهم على ان يعطيه عوضها في بلده او على ان يحمله في الطريق اختيار

وغصب لانه خالف لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا ولو وصلية اجاز بعده
اى المضارب اذا اشترى ما نهى عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم اجاز رب المال لم يجز
وكذلك المستبضع واجارة كاملة ان فسدت فان الواجب للمضارب
فيهما اجر المثل كما للاجارة الفاسدة وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم
الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل فلا ربح له لانه يكون في المضاربة
الصحيحة ولما فسدت صارت اجارة بل اجر عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة
مطلقا اى سواء ربح او لا بلا زيادة على المشروط كما هو حكم الاجارة الفاسدة
وقدروا لا ضمان فيهما لانه امين فلا يكون ضامنا واما دفع المال الى آخر
وشرط الربح للمالك فبضاعة وشرط للعامل فقرض وانما غير الاسلوب الوقاية
حيث لم يعد البضاعة والقرض في سلك الايداع وغيره لما يرد عليه قول
صدر الشريعة ان المضاربة اذا كانت عقد شركة في الربح فكيف تكون بضاعة
او قرضا وشرطها ستة الاول كون رأس المال من الاثمان فلا يصح الا بما
تصح به الشركة لانها تصير شركة بحصول الربح فلا بد من ان تصح بالشركة
وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة كما ياتي ولو دفع عرضا
او بيعه وعمل مضاربة بثمنه فقبل صح لانه لم يضف المضاربة الى العرض
بل الى ثمنه وهو مما يصح به المضاربة والاضافة الى المستقبل يجوز لانها
وكالة او وديعة او اجارة فلا يمنع شئ منها من الاضافة اليه والثاني كونه
عينا لا دينا لان المضارب امين ابتداء ولا يتصور كونه امينا
فيما عليه من الدين فلو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز
بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة
حيث يجوز لانه اضاف المضاربة الى زمان القبض في الدين فيه يصير عينا و
هو يصلح ان يكون رأس المال والثالث تسليمه الى المضارب حتى لا يبقى لرب
المال يد لانه عنده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة بخلاف الشركة

لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص
المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة فمن الجانبين فلو
شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل
منهما فشرط العمل على رب المال يفسدها اي ان شرطا ان يعمل المالك مع
المضارب فسدت المضاربة لان هذا الشرط يمنع عن تسليم المال الى المضارب
والتخلية بين المال والمضارب شرط صحة العقد فما يأباه كان مفسدا له و
والرابع كون رأس المال معلوما لئلا يفضي الى المنازعة سميته بان يعقد على قدر
معين من مال تصح به الشركة او مشار اليه كما اذا دفع مضاربة الى رجل دراهم لا يعرف
قدرها فانه يجوز ويكون القول في قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه بلا بينة للمالك
والخامس كون نصيب المضارب من الربح معلوما عنده اي عند العقد لان
الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد والسادس شيوع الربح
بينهما بحيث لا يستحق احدهما دراهم مسماة لقطع الشركة في الربح لاحتمال ان لا يحصل
الا القليل فلا ينضبط نوع الشركة في الربح فيقتصر على مورد النص فتفسد بشرط زيادة قدر معين
لاحدهما فله اجر مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى المشروط للفساد
فيصار الى اجر المثل ضرورة والربح لرب المال لانه نماء ملكه كذا اي تفسد المضاربة
ايضا بكل شرط يوجب جهالة الربح كما لو قال لك نصف الربح او ثلثه او ربعه لما
ان الربح هو المعقود عليه فجهالته تفسد العقد وغيره لا اي غير ذلك من
الشروط الفاسدة لا تفسد المضاربة بل يبطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب
لانها جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب
قطع الشركة في الربح والجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط
الفاسدة كالوكالة ولان صحتها لا تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة
واذا صحت فله اي للمضارب في مطلقها وهو لم يقيد بمكان او زمان او نوع
من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه البيع

فالربح لا الا ما شرط فاذا
انتفى الشركة في الربح لا تتحقق
المضاربة لانها جزؤه بخلاف

مطلقا

مطلقا اي بنقد ونسيئة الا باجل لم يعهد عند التجار كعشرين سنة وله ايضا الشراء
والتوكيل بهما اي بالبيع والشراء والسفر والابضاع اي دفع المال بضاعة
ولو لرب المال وسيأتي انه لا تبطل المضاربة والايداع والرهن والارتهان
والاستئجار والاحتيال اي قبول الحوالة بالثمن مطلقا اي على الايسر والاعسر
لان كل ذلك من صنيع التجار لا المضاربة عطف على البيع في قوله وله في مطلقها
البيع اي ليس فيه ان يضارب مع الاجنبي الا باذنه او باعمل برأيك لان الشيء
لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة كالوكيل لا يملك التوكيل بخلاف المستعير
والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما
يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار
حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التصريح به والتفويض العام
اليه الا الايداع والابضاع دون المضاربة فلا يفيدان اي الاذن واعمل برأيك
في الاقراض والاستدانة نحو ان يشتري باكثر من مال المضاربة بل يجب التصريح بهما لانهما
ليسا من صنيع التجار فلا يحصلان بمطلق التفويض وهو الربح اما الدفع مضاربة
فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بماله نفسه فيدخل تحت هذا القول وفرع على
الاستدانة بقوله فلو اشترى بمالها اي المضاربة ثوبا وقصر بالماء وحمل متاع
المضاربة من موضع الى آخر بماله لا مالها بعد ذلك القول كان متطوعا لانه استدان
في حق المالك بلا اذنه انما قال بالماء لانه اذا قصره بالنشاء فحكمه حكم الصبغ فان
صبغه احمر شركة بما زاد ودخل اعمل برأيك انما قال الاحمر لانه ان صبغه اسود لم يدخل
تحت اعمل برأيك عند ابي حنيفة لما ان السواد عيب عنده بخلاف سائر الالوان
كالخلط اي خلط مال المضاربة بمال نفسه فلا يضمن اي اذا دخل في اعمل برأيك
لا يضمن المضارب بهما اي بصبغه احمر وبالخلط لانه فعل ما فعل باذنه
وله حصة صبغه ان بيع وحصة الثوب في مالها يعني يصير المضارب شريكا في
الثوب بقدر ماله من الصبغ فاذا بيع الثوب كان حصة قيمة الصبغ في الثوب

اشارة الى ان في انه يجوز
ان يضارب مع
رب المال

مستصفى

للمضارب في حصته الثوب لا يبيض من مال المضاربة ولا يجاوز عطف على قوله
لا المضاربة اي ليس في مطلقها تجاوز بلدا او سلعة او وقتا او شخصا عينه
المالك لانه لم يملك التصرف الا بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهذا التقييد مفيد
لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص وكذا
ليس له ان يدفع بضاعة الى من يخرج من تلك البلدة لانه لا يملك ان يتصرف بنفسه
في هذا المال في غير هذا البلد فلا يملك ان يستعين بغيره ايضا فان تجاوز بان خرج
الى غير ذلك البلد فاشترى او اشترى سلعة غير ما عينه او في وقت غير ما عينه او باع
مع غير من عينه ضمن فكان ذلك له وله ربحه وعليه خسرانه لانه تصرف في مال غيره بغير
امره وان لم يتصرف فيه حتى رده الى البلد الذي عينه بريء من الضمان لانه تصرف في مال
~~غيره بغير امره وان لم يتصرف فيه حتى رده الى البلد الذي عينه بريء من الضمان~~
لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق ورجع المال مضاربة على حاله لان المال باق
في يده بالعقد السابق ولا اي ليس له ايضا ان يزوج قنا لها وعن ابي يوسف انه يزوج الامة
لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة ولهما انه ليس
من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل فلا يملكه وان كان اكتسابا كالكتابة
والاعتاق على ضعف قيمته ولا شرى اي من يعتق على رب المال بقرابة او يمين
بان قال ان ملكته فهو حر لان المضاربة اذن بتصرف يحصل به الربح وهذا
انما يكون بشراء ما يمكنه بيعه وهذا ليس كذلك ولا من يعتق عليه اي
المضارب ان كان لان نصيبه يعتق عليه فيفسد نصيب رب المال
وان فعل اي اشترى من يعتق على واحد منهما صار اي الشراء واقعا لنفسه
دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري ينفذ عليه
كالوكيل بالشراء اذا خالف وان لم يكن ربح صح اي الشراء من يعتق
عليه لانتفاء المفسد فان ظهر اي الربح بزيادة قيمته بعد الشراء
عتق حظه اي المضارب من العبد لانه قريبه لم يضمن للمالك شيئا
لانه

لانه انما عتق عنده الملك لا بصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار
كما لو ورثه مع غيره بان اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج
واخا عتق نصيب الزوج ولم يضمن شيئا لاخيها لعدم الصنع منه و
يسعى العبد في قيمة نصيب المالك من العبد لاحتباس ماليته عنده معه
اي مع المضارب الف بالنصف اشترى جارية قيمتها الف فوطئها فولدت
ولدا مساويا الفا فادعاه حال كونه موسرا فبلغت قيمته الفا وخمسمائة
سعى للمالك بالف وربع او اعتقه اي ان شاء المالك استسعى الغلام في الف
ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه فان قبضها اي المالك الالف من الغلام
ضمن المدعي نصف قيمتها اي الامة وذلك لان دعوة المضارب وقعت
صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البائع له ثم باعها
منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا يفيد هذه الدعوة لعدم الملك
وهو شرطها اذ كل واحد من الجارية والولد ها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه
لما عرف ان مال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على
رأس المال لا يظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فلم يكن
للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ
دعوته فاذا زادت قيمته وصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب
منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف
ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لانه
انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده لحدوثه واما الدعوة
فاخبار فاذا ردت في حق غيره فهو باق في نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذ
عتقه كما اذا اقر بحرية عبد لغيره برد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار
حرا باب مضارب يضارب بلا اذن اي دفع المضارب
المال الى غيره مضاربة بلا اذن المالك لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثاني واذا

بل هو ساكن بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس فلم يوجد فكانت
في ماله وفي السفر طعامه وشرابه وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه والدهن
اذا احتيج اليه في ركوبه شراء او كراء او علفه من ماله اي مال المضاربة فانه اذا
سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة في ماله لاجل الاحتباس
بالمعروف اي غير زائد على الحاجة الاصلية ولا ناقص عنها وضمن الزائد
على المعروف ورد الباقي من الطعام وغيره بعد الاقامة الى مال
المضاربة لتمام الحاجة وما دون سفر يغدو اليه ولا يبيت باهله كالسوق
وان قدر له ان ربح المضارب اخذ المالك من الربح قدر المنفق اي قدر
ما انفق المضارب من راس المال حتى يتم راس ماله فان فضل شيء قسم بينهما
وان رابح اي باع المضارب متاع المضاربة مرابحة حسب ما انفق اي ما
انفق على المتاع من اجرة الحمل واجر القصار والحمل والسمسار لان
هذه الاشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها براس المال
في بيع المرابحة لا اي لا يحسب نفقة نفسه في سفره وتقلباته في المال لانهم
لم يتعارفوا ذلك ولا يزيد ايضا في قيمة المتاع معه اي مع المضارب
الف بالنصف فاشترى به بزا فباعه بالفين واشترى بهما اي الفين
عبدا ولم ينقد الالفين فضاعا اي الالفان عنده اي المضارب
غرم اي المضارب خمسمائة والمالك الباقي وهو الف وخمسمائة
لان المال لما صار الفين ظهر ربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب ٧
المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة و
بينهما تناف ونصيب المالك على المضاربة لعدم ما ينافيها ورابح على الفين
فقط يعني لا يبيع العبد مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بهما فلو بيع اي
العبد بضعفها وهو اربعة الاف فحصتها اي حصة المضاربة ثلثة
الاف فالفان وخمسمائة منها راس المال والربح منها خمسمائة بينهما

٧ وربع العبد للمضارب وباقيه وهو
ثلثة ارباعه اي للمضاربة وراس
المال الفان وخمسمائة ح

ثم منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب
وثلاثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن نصفان
العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة ارباعه على المالك وهو الف
وخمسمائة فنصيب المضارب م

نصفان يشتري من المالك بالف عبدا شراه بنصفه رابح بنصفه لا بتمام الالف
لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله وان حكم بجوازه لتعلق حق
المضاربة فلا يجوز بناء المرابحة لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة
فيبنى على ما اشتراه به المالك فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه ولو كان بالعكس
يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكر فيبنى
المرابحة على ما اشتراه المضارب كانه اشتراه له وبالف ولو شرى بالفها عبدا
يعدل الفين فقتل رجلا خطأ فاختارا بالدفع او الفداء فان دفعا العبد
انتهت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل وان فديا
خرج العبد عن المضاربة اما حصة المضارب فلان ملكه فيه تقرر
بالفداء فصار كالقسمة واما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار
كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء صار كانهما اشترياه
ثم الفداء عليهما بالارباع فربع الفداء عليه اي المضارب وباقيه وهو
ثلثة الارباع على المالك لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد
كان الملك بينهما ارباعا لان المال اذا صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما و
الف للمالك براس ماله واذا فديا صار العبد لهما وخرج عنها اي المضاربة
فيخدم المضارب يوما والمالك ثلثة ايام بقدر حقهما شرى عبدا بالفها
وهلك الالف قبل نقده دفع المالك ثمنه ثم وثم اي كلما هلك الالف
دفع المالك الفا الى ان يتناهى وجميع ما دفع راس ماله فرق بين هذا وبين
الوكيل بشراء عبد بعينه بدفع اليه بالف فاشترى فهلك الالف قبل ان
ينقده للبائع فان له ان يرجع على الموكل مرة فقط بان دفع دفع
المال في يد المضارب امانة لما تم والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون
فلو جعل قبضه ثانيا على جهة الامانة لا الاستيفاء فاذا هلك كان الهلاك
على المالك بخلاف الوكيل لامكان جعله مستوفيا لان الضمان لا ينافي الوكالة

بحر زيلعي
مسلم

منح

٧ اياه بلا بيع ه
اي اعطاء الدية
مسلم

كان الملك بينهما وهو

ر على الاستيفاء صار ضامنا وهو
ينافي الامانة فجعل قبضه ح ح

فان الغاصب لما لو كل ببيع المغصوب جاز حتى اذا هلك في يده بعد ما صار وكيله
ضمن فاذا اشترى العبد بالف وجب للبائع على الوكيل الثمن فوجب للوكيل على
الموكل مثله فاذا استوفى حقه من الموكل حمل قبضه على جهة الاستيفاء
لا الامانة فاذا استوفاه مرة لم يبق الحق اصلا فاذا هلك المقبوض
كان الهالك عليه لا محالة معه الف فقال دفعت لك الفا وربحت الفا
وقال المالك دفعت لك في او ادعى المضارب العموم او قال ما عينت لي
التجارة والمالك ادعى الخصوص يعني في الصورتين الاوليين فالقول
للمضارب اما في الاولى فلان حاصل اختلافهما في مقدار المقبوض و
القابض احق بمعرفة مقداره لاستصحابه المال وفي مثله القول للقابض
ضمينا كان او امينا واتهامه هنا على
ما ادعى من الفضل قبل لان رب المال يدعي فضله في ربحه او المضارب
فضله في الربح واما في الاخيرين فلان الاصل فيهما العموم والقول
لمن يتمسك بالاصل ولو ادعى كل نوعا فللمالك اي القول له لاتفاقهما
على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته اولى والبينة
للمضارب لاحتياجه الى الاثبات كما لو قال من معه الف هو مضاربة
زيد وقد ربح وقال زيد بضاعة حيث يصدق زيد مع اليمين
لانه ينكر دعوى الربح او دعوى تقويم عمل المضارب او كما قال
من معه الف هو قرض وقال زيد بضاعة او وديعة حيث يصدق
زيد مع اليمين لانه ينكر دعوى التمليك ولو وقتا وقتا بان قال رب
المال دفعت اليك في رمضان وقال المضارب دفعت في شوال
فصاحب الوقت الاخير اولى لان الآخر ينسخ الاول كتاب
الشركة لا يخفى وجه المناسبة بين الكتابين هي اختلاط شيء بشيء ومنه
الشرك بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض

ثم اطلقت على العقد مجازا لكونه سببا له ثم صار حقيقة عرفية وهي
اما شركة ملك وهي ان يملكا عينا بارث او شراء او اتهاب او استيلاء
على مال حربي او اختلاط ماليهما بلا صنع من احد منهما او خلطهما حتى
تعذر التمييز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ونحو ذلك او تعسر كالحنطة
بالشعير وعكسه ونحو ذلك وكل اجنبي في مال صاحبه حتى لا يجوز له
التصرف الا باذنه لكمال الاجانب فصح له بيع حظه اي نصيبه من المالك
ولو من غير شريكه بلا اذنه يعني يجوز لاحد الشريكين بيع نصيبه من المال من
شريكه ومن غيره بلا اذن شريكه الا في صورة الخلط والاختلاط
فانه لا يجوز الا باذنه والفرق ان خلط الجنس بالجنس بصفة التعدي
سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط واذا حصل بغير تعد
حصل سبب الزوال من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهم
زائلا عن الشريك في حق البيع من غير الشريك فلا يجوز الا برضاء
الشريك غير زائل في حق البيع من الشريك عملا بالشبهين وهذا اولى
من عكسه لان التصرف مع الشريك جائز الا عن نفاذ من التصرف مع الاجنبي
بدليل جواز تمليك عتق البعض للشريك لا الاجنبي وكذا اجارة المشاع
من الشريك جائزة واما شركة عقد عطف على قوله اما شركة ملك وركنها
الايجاب بان يقول احدهما شاركتك في كذا او في عامة التجارات
والقبول بان يقول الآخر قبلت فانها عقد من العقود الشرعية
فلا بد لها من ركن كسائرها وشرطها كون المعقود عليه اي
التصرف الذي الشركة عليه قابلا للوكالة ليقع ما يحصل كل منهما مشتركا
بينهما فيحصل لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة ولا يمكنه ذلك فيما
لا يقبل التوكيل كالاحتطاب ونحوه من المباحات فان التوكيل لا
يصح فيه بل ما يكتسبه يكون له خاصة وعدم ما يقطعها اي الشركة

كشرط دراهم مسماة من الربح لاحدهما فانه يقطع الشركة في الربح لاحتمال
ان لا يبقى بعد هذه الدراهم المسماة ربح شركة فيه فهي اي شركة العقد
ثلثة الاول شركة بالاموال والثاني شركة بالاعمال وتسمى هذه الشركة اصطلاحا
شركة الصنايع وشركة التقبيل وشركة الابدان ووجه التسمية ظاهر والثالث
شركة الوجوه قال في الهداية ثم هي اربعة على اربعة اوجه اي شركة العقود
على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه و
تبعه صاحب الكافي وقال في غاية البيان هذا التقسيم فيه نظر لانه
يوهم ان شركة الصنايع وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة والاولى
في التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي
في مختصريهما بقولهما الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال
وشركة بالوجوه وكل واحد على وجهين مفاوضة وعنان وفي الهداية
اشارة الى هذا حيث قال في بيان شركة الوجوه وانها تصح مفاوضة
لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت يكون
عنانا فلما عثرت على هذا اخترته وبينته على طبق غاية البيان وقلت
وكل منها اما مفاوضة هي بمعنى المساواة سمي هذا العقد بها لاشتراط
المساواة فيه من جميع الوجوه كما سيأتي او عنان مأخوذ من قولهم
عن اي عرض سمي هذا العقد به لما قال ابن السكيت كانه عن لهما
شيء فاشتركا فيه ومن عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي
لان كلا منهما جعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه اما المفاوضة
في الشركة بالاموال فبان تضمنت وكالة اي يكون كل منهما وكيلا للآخر ليتحقق
المقصود وهو الشركة في المشترى لانه لا يقدر ان يدخله في ملك صاحبه الا
بالوكالة منه لعدم ولايته عليه لا يقال قد مر ان الوكالة لا تصح الا
بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول

وكيلا

قد مر

قد مر ايضا ان الفتوى على صحتها ولو سلم فذلك في الكفيل القصدي وههنا
ضمني كالوكالة وتساويا اي الشريكان مالا يعني مالا يصح به الشركة كالنقدين
بخلاف العروض والعقار حيث لا يضر فيها التفاضل وتصرفا بان يقدر
احدهما على جميع ما يقدر عليه الآخر من التصرفات والا فات معنى
المساواة فلا تصح تفريع على قوله وكفالة بين كفالة بالمجهول لا
يجوز قصدا ويجوز ضمنا كما مر في المضاربة وكفالة بان يكون كل منهما كفيلا
للآخر ليتحقق المساواة بينهما وطلب كل منهما ضمنا كما مر اما احدهما فلا
بين عبدين وصبيين ومكاتبين فانهم ليسوا باهل الكفالة ولا
بين حر ومملوك وصبي وبالغ ومسلم وذمي تفريع على قوله وتصرفا
فان الحر البالغ يملك التصرف في الكفالة والعبد لا يملك شيئا منهما
الا باذن مولاه والصبي لا يملك الكفالة وان اذن له الولي ويملك
التصرف باذنه والكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه
ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه شريكه لكونه وكيله في البيع و
الشراء وكذا المسلم لا يقدر على شرائهما كما يقدر الكافر عليه ولم يقل
ودينا كما في ساير الكتب لاندراج ما يفيده تحت قوله وتصرفا كما
ذكر فهو مغن عنه ولا بد في انعقاد شركة المفاوضة او بيان
معناه اي معنى ذلك اللفظ اذ اكثر الناس لا يعرفون جميع شرايطها فيجعل
التصريح بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله وان بينا جميع ما يقتضي
المفاوضة صحت اذ العبرة للمعنى لا للفظ فرع على كل منهما اي اذا
ذكر اللفظ او بين المعنى يكون ما اشتراه كل واحد منهما مشتركا بينهما لان
مقتضى المفاوضة المساواة الا طعام اهله والادام وكسوتهم او
كسوة فانه يكون له خاصة استحسانا والقياس ان يكون على الشركة
لانه من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناوله عقد الشركة وجه

من ذكر اللفظ

الا التحاق انهما مستثناة من مقتضى المفاوضة اذ كل منهما حين شارك
صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك في مدة المفاوضة ومعلوم ان كلا
منهما لم يقصد بالمفاوضة ان يكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه
لا يتمكن من تحصيل حاجته الا بالشراء فصار كل منهما مستثنا هذا القدر
من تصرفه مما هو مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال
كالاستثناء المشروط وللبائع ان يطالب بثمن الطعام والكسوة ايهما
شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري
ان ادى من مال الشركة بقدر حصته لان الثمن كان عليه خاصة فقضى من مال الشركة
وكل دين لزم احدهما بما يصح فيه الشركة وسيأتي بيانه وهو احتراز عن دين وعدم
بما لا يصح فيه الشركة كالجناية والصلح عن دم عمد والنكاح والخلع والنفقة
كالشراء والبيع والاستيجار وكفالة بمال بامر اوام المكفول عنه ضمنه اي
ذلك الدين الآخر وانما ضمن فيها تحقيقا للمساواة وبلا امر لا اي
لا يضمن شريكه لانها تبرع محض كالكفالة بالنفس وان كانت مفاوضة
كما سيأتي واما العنان في الشركة بالاموال عطف على قوله اما المفاوضة
وهو شركة في كل تجارة او نوع منها كالبز والطعام ونحوهما ويتضمن
الوكالة ليتحقق المقصود بالشركة وهو التصرف في مال الغير فقط اي
دون الكفالة لانها تثبت في المفاوضة ضرورة المساواة التي يقتضيها
اللفظ وهذا اللفظ لا ينبئ عنه كما مر وتصح ببعض المال لا كل
الحاجة لمسة اليه والمساواة ليس شرطا فيه فوجب القول بصحته و
مع فضل احدهما لعدم اشتراط التساوي فيه وتساوي مالهما
لا الربح وبالعكس اي تساوي الربح لا المالين لقوله الربح
على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين مطلقا بلا فصل لكنه في
شرط الربح لاحدهما لخروج العقد عن الشركة وتصح ايضا بكون

احدهما اي المالين دراهم والآخر دنانير او من احدهما دراهم بيض والآخر سود وبلا خلط وقال زفر والشافعي لا تصح بدونه لان الربح
فرع المال ولا يتصور وقوع الفرع على الشركة الا بثبوت الشركة على
الاصل ولا اشتراك بلا خلط ولنا ان الشركة بعقد توكيل من الطرفين
يشتري كل منهما بماله على ان يكون المشتري بينهما وهو لا يفتقر الى الخلط
والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال وبهذا سمي العقد شركة
وهذه الشركة مستندة الى العقد حتى جازت شركة الوجوه والتقبل
فاذا استندت الى العقد لم يشترط فيها المساواة والاتحاد والخلط
وكل يطالب بثمن ما شرى به لا الآخر لما مر انه يتضمن الوكالة لا الكفالة
والوكيل هو الاصيل في الحقوق ثم يرجع على شريكه بحصته منه اي من
الثمن ان اداه من مال له لا من مال الشركة لانه وكيل من جهته فاذا ادى
من مال نفسه رجع عليه ولا يصحان اي المفاوضة والعنان في الشركة
بالاموال الا بالنقدين اي الدراهم والدنانير والفلوس النافقة
اي الرائجة والتبر وهو ذهب غير مضروب والنقرة وهي فضة غير
مضروبة ان تعامل الناس بهما اي التبر والنقرة الصحيح ان عقد
الشركة على الفلوس النافقة يجوز اتفاقا لكونها ثمنا باصطلاح
الناس واما التبر فقد جعل في شركة الاصل وفي الجامع بمنزلة العروض
فلا يصلح ان يكون رأس مال الشركة والمضاربة وجعله في صرف الاصل كالاثمان
والاول ظاهر المذهب قالوا المعتبر فيه العرف ففي كل بلدة جرى التعامل
بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالعقود وتصح الشركة به
ونزل التعامل باستعماله ثمنا بمنزلة الضرب المخصوص وفي كل بلدة لم يجر
التعامل بها فهو كالعروض يتعين في العقود ولا تصح به الشركة كذا في
الكافي ولا يصحان الا بما ذكر وبالعروض لكن بعد بيع من الشريكين نصف

عرضه بنصف عرض الآخر يعني لو باع كل منهما نصف ماله من العوض بنصف
ماله الآخر صار الشريكين في الثمن شركة ملك حتى لا يجوز له احدهما ان
يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد صار شركة عقد حتى جاز لكل منهما ان
يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض وان ملك
احد المفاوضين بارث او هبة ما صح فيه الشركة كما مر آنفا وقبض عطف
على ملك صارت المفاوضة عنانا لزوال المساواة المعتبرة في المفاوضة
هلاك مالهما او مال احدهما قبل الشراء يبطلها لانه نهي عن العقود
الجائزة في شرط دوامه ما شرط له ابتداء وهذا ظاهر في هلاك المالين
وكذا اذا هلك احدهما لانه لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا بشركته في ماله
فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم الفائدة
وهو اي الهلاك على صاحبه اي صاحب المال قبل الخلط هلك
في يده او يد الآخر اما اذا هلك في يده فظاهر واما اذا هلك في يد الآخر
فلكونه امانة عنده وبعده اي بعد الخلط يهلك عليهما لانه
لا يتميز فيهلك من المالين فان هلك مال احدهما بعد شراء الآخر
بماله فمشتريه لهما على ما شرط لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما
لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر والشركة
شركة عقد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى
فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها ورجع على الآخر بحصته من
ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه فيصح رجوعه
كما مر وان هلك قبله اي قبل شراء الآخر فان وكله حين الشركة صح كان
مشتريه لهما على ما شرط في رأس المال لا الربح مثلا ان كان رأس المال
الا ان الربح منصفا او كان رأس المال بينهما اثلاثا فالمشترى يكون اثلاثا
وان كان انصافا فانصاف لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرحة

بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك حتى لا يملك احدهما
ان يتصرف في نصيب الآخر والآخر اي وان لم يوكله فلا اي لا يكون
المشترى لهما بل للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة
ولم يثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فيبطل ما في
ضمنها من الوكالة ولكل من هذين الشريكين اي المفاوضين وشريكي العنان
ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة ويودع لانه من عادة التجار
ويضارب اي يدفع المال مضاربة لانها دون الشركة فيجوز ان تتضمنها الجا
الشركة لان الشيء لا يتضمن مثله ويوكل من يتصرف فيه بيعا وشراء لانه من عادة
التجار والمال في يده اي يد كل من الشريكين امانة حتى اذا هلك لم يضمنه واما
المفاوضة في شركة الصنائع فبان يشترك صانعان متساويان فيما يجب
فيه المساواة في المفاوضة المذكورة وهي المفاوضة في الشركة بالاموال بان
يكون كل منهما من اهل الكفالة وان شرطا ان يكون ما رزق الله تعالى بيننا نصفين
وان يتلفظا بلفظ المفاوضة وقد مر بيانه سوى المال لاختصاصه فيه بالمفاوضة
وقد مر بيانه كصباغين او خياطين وصباغ اشارة الى ان اتحاد الصنعة والمكان
ليس بشرط في شركة الصنائع وتقبل العمل عطف على شركة لا جزية بينهما اي ليكون كل
ما يحصل احدهما من الاجر مشتركا بينهما كما هو حكم المفاوضة وتضمنت وكالة
لا عبارة في جميع انواع الشركة وكفالة تحقيقا لمعنى المفاوضة وصحت وان
وصلية شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا استحسانا وفي القياس لا تصح لان الضمان بقدر
العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يتضمن فلم يجز العقد له فضاء اليه فصار كشركة الوجوه
وجه الاستحسان ان ما يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس
مالهما عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم
بخلاف الربح بخلاف شركة الوجوه كما سيجيء عن قريب ان شاء الله تعالى ولزم كلا عمل قبله الآخر
ويطالب الآخر اي كل منهما ويبرأ الدافع بدفعه اليه والكسب بينهما نصفين وان

على احدهما شيئا واستحق لان هذا مقتضى المفاوضة المتضمنة للكفالة
واما العنان في شركة الصنايع وان عمل احدهما فبان اشترك صانعان بلا تساو
بينهما فيما ذكر وتضمنت وكالة فقط وتثبت بالاحكام المذكورة استحسانا
والقياس ان لا يثبت لان الشركة وقعت مطلقة عن قيد الكفالة والاحكام المذكورة
من موجباتها وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل في ذمة كل منهما
ولهذا استحق الاجر بسبب نفاذ ما يتقبله عليهم فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء
البدل حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان مستهلك لم يصدق قال في النهاية
على صاحبه ويلزم خاصته لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد فنفاذ الاقرار يوجب
التصريح بها واما المفاوضة في شركة الوجوه سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له
وجاهة عند الناس فبان يشترك متساويان فيما ذكر بلا مال ليشتريا متعلق
بقولهم يشترك بوجوههما ويبيعا وتضمنت وكالة لما مر ان التصرف على الغير
لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتعين الاولى وكفالة تحقيقا
لمعنى المفاوضة واما العنان فيها اي في شركة الوجوه فبان لا يعتبر التساوي
فيها اي في الامور المذكورة في المفاوضة وتضمنت وكالة فقط لما مر وان شرطا
اي الشريكان لشركة الوجوه مناصفة المشترى او مثالثة فالربح كذلك وشرط
باطل لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال كرب المال او بالضمان كالاستاذ
الذي يتقبل العمل من الناس فيلقيه على التلميذ باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان
ولا يستحق بغيرها الا يرى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعضه لا
يستحق شيئا لعدم هذه المعاني فصل في الشركة الفاسدة لا تصح شركة
في الاحتطاب والاحتشاش وساير المباحات لان الشركة تتضمن التوكيل وهو اثبات
ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وهذا المعنى لا يتصور هنا لان الموكل لا يملك
فلا يملك اقامة الغير مقامه وما حصل احدهما فله لانه اثر عمله وما حصلاه معا
فلهما لانه اثر عملهما نصفين تحقيقا للمساواة وما حصل احدهما باعانة الاخر

فلا

فلا اي للمحصل لانه الاصل في العمل وللاخر اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رح
ولا يزاد على نصف ثمنه عند ابي يوسف رح كما هو حكم الاجارة الفاسدة على
خلاف بينهما ولا في الاستقاء بان كان لاحدهما بغل وللاخر راوية والمستقي احدهما
والكسب للعامل لكونه عاملا وعليه اجر المثل للاخر لانه اجيره اجارة فاسدة
الربح في الشركة الفاسدة على قدر المال وان شرط الفضل لان الاصل ان الربح تابع
للمال كالريع ولم يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولم يصح فيبطل شرط التفاضل
لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقريرا للفساد وهو واجب الرفع وتبطل
الشركة مطلقا بموت احدهما ولو حكما بان ارتد ولحق بدار الحرب وحكم به القاضي
لان الوكالة لازمة للشركة والموت تبطل الوكالة ومبطل اللازم مبطل للملزوم
لا يزكي احدهما مال الاخر بلا اذنه اي لا ينبغي لاحد الشريكين ان يؤدي زكاة
مال الاخر بلا اذنه لانها ليست من التجارة فان اذن كل لصاحبه وادى كل بالتعاقب
ضمن الثاني وان جهل باداء الاول لانه اتى بغير المامور به لانه اسقاط الفرض
عنه ولم يسقط فخالف علم او لم يعلم لانه صار معزولا باداء الموكل حكما
لفوات المحل وذا لا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتقه الموكل
علم به او لا وان اديا معا اي اديا كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما
في زمان واحد ولا يعلم التقدم والتاخر ضمن كل قسط الاخر وتقاصا
فاذا كان مال احدهما اكثر يرجع بالزيادة اشترى مفاوض امة باذن شريكه ليطأها
فهي له مجانا يعني اذا اذن احد المفاوضين لصاحبه شراء امة ليطأها
فاشتراها المامور وادى الثمن من مال الشركة فهي له بغير شيء اي لا يقوم بشيء
شيئا عند ابي حنيفة رح وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن كما في ثمن
الطعام والكسوة ولان الجارية تدخل في ملكهما جريا على مقتضى الشركة
ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك فصار
كما اذا اشتراها ثم قال احدهما للاخر اقبضها لك كان هبة وهبة المشاع

فيما لا يقتضي جائزة بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الزكوة
للضرورة كما مر ولا ضرورة في مسئلتنا واخذ البائع بثمنها لا يشاء المشتري
بالاصالة وصاحبه بالكفالة كما مر في الطعام والكسوة **كتاب**
المزارعة هي لغة مفاعلة من الزرع وشرعا عقد على الزرع ببعض الخارج
ولا تصح عند ابي حنيفة رح لحديث رافع بن خديج انه عليه السلام نهى
عن المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث والربع من الخبر وهو
الاكار لمعالجته الخبار وهي الارض الرخوة ولانها استيجار الارض ببعض ما
يخرج عن عمله فكان في معنى قفيز الطحان كما مر في الاجارة وتصح عندهما لانه
عليه السلام نخيل خيبر لاهلها معاملة وارضها مزارعة على النصف مما يخرج
من ثمر او زرع وبه عمل الصحابة والتابعون والعلماء والصالحون الى
يومنا هذا ومثله يترك الواحد والقياس ولهذا قالوا وبه يفتى وركنها
الايجاب والقبول كساير العقود وشرطها ثمانية امور الاول اهلية
العاقدين اذ لا صحة لعقد ما دونها والثاني صلاحية الارض للزراعة
ليحصل المقصود والثالث بيان مدة متعارفة بان يقول في سنة
او سنتين مثلا لان العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر من
قبل العامل او على منفعة العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض
والمنفعة لا تعرف مقدارها الا ببيان المدة فكانت معيارا للمنفعة
فيجب ان يكون المدة مما يتمكن فيها من الزراعة حتى اذا بين مدة لا يتمكن
فيها منها فسدت لعدم حصول المقصود وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما
الى مثلها عادة كذا في الذخيرة والرابع بيان رب البذر اي من كان له
البذر من قبله لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر اذا كان
من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب
الارض فهو منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته

يفضي

يفضي الى النزاع والخامس بيان جنسه اي جنس البذر اذ لا بد من بيان جنس
الاجرة وهو لا يعلم الا ببيان جنس البذر والسادس بيان حظ الاخر اي
بيان من لا بذر من قبله لانه يستحق عوضا بالشرط فلا بد ان يعلم اذ ما لا يعلم
لا يستحق شرطا بالعقد والسابع التخلية بين صاحب الارض والعامل
حتى اذا شرط في العقد ما يزول به التخلية وهو عمل صاحب الارض مع العامل
فسدت والثامن الشركة في الخارج عند حصوله لانه ينعقد اجارة
ابتداء وشركة انتهاء وكل شرط يؤدي الى قطع الشركة في الخارج يكون مفسدا
للعقود وانما تصح عندهما اذا كان الارض والبذر لواحد والعمل والبقر
لآخر لان صاحب الارض استاجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرط عليه
كما لو استاجر خياطا ليخيط بابرة نفسه او الارض لواحد والباقي لآخر لان رب
الارض يستاجر الارض بجزء معلوم من الخارج ولو استاجرها باجر معلوم
من الدنانير والدراهم صح فكذا اذا استاجره بذلك او اذا كان العمل لواحد
والباقي لآخر لان صاحب الارض يستاجر العامل ليعمل بآلة المستاجر فيصح
كما لو استاجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب وانما يصح اذا كان نفقة
الزرع عليهما بقدر حقهما كاجر الحصاد والرفاع والدوس والتذرية
لان الغرم بالغنم حتى لو شرطت لاحدهما فسد العقد لانه شرط لا يقتضيه
وفيه لاحد المتعاقدين فتفسد ان كان الارض والبقر لواحد والبذر
والعمل لآخر لان رب الارض استاجر الارض والبقر واستيجار البقر بجزء
من الخارج مقصودا لا يصح لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة
الارض فان منفعتها قوة في طبعها يحصل بها الخارج ومنفعة البقر
صلاحيته يقام بها العمل فلعدم المجانسة لا يمكن جعل البقر تابعا
لمنفعة الارض ولا يجوز استحقاق منفعة الارض مقصودا بالاجر
كما لو كان البقر شرطا على احدهما فقط بخلاف جانب العامل لانه

البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل او كان البذر لاحدهما
والباقي للآخر وهذه الثلاثة لم يرد به او كان البذر والبقر لواحد والباقي
وهو الارض والعمل للآخر لان كل واحد من البذر والبقر لما لم يصح
عند الانفراد لم يصح عند الاجتماع او شرط لاحدهما قفزانا مسماة
فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا يخرج الارض الا هذه القفزان
فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة او شرط لاحدهما ما يخرج من موضع
معين او ما على الماذيانات وهي اصغر من السواقي والسواقي جمع ساقية
وهي اكبر من الجدول واصغر من النهر فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا
يخرج الا من ذلك الموضع فيكون الشرط قاطعا للشركة او شرط ان يكون
نفقته على العامل لما مر انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد
المتعاقدين او شرط ان رفع رب البذر بذره او رفع الخراج الموظف
وتنصيف الباقي حيث تفسد في الصورتين لاحتمال ان لا يحصل
الا ذلك بعينه واما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث او الربع فيجوز
كما لو شرط رفع عشره وقسمة الباقي والارض عشرية او شرط رب البذر
عن الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه مشاع فلا يؤدي الى
قطع الشركة او شرط ان يكون التبن لاحدهما والحب للآخر فتفسد
لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود او شرط تنصيف الحب
والتبن لغير رب البذر حيث لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو
يؤدي الى قطع الشركة اذ ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج
الا التبن ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن او شرط الحب
نصفين وجعلا التبن لرب البذر صحت اما الاولى فلانهما
شرطا الشركة فيما هو المقصود والسكوت عن التبع لا يوجب فساد
العقد في الاصل واما الثانية فلانه شرط موافق لحكم العقد لانه

نماء ملكه واذا فسدت اي المزارعة فالخارج لرب البذر لانه نماء ملكه
والفرع يملك بملك الاصل وانما يستحق الاخر بالتسمية فاذا فسدت
كان النماء كله لرب البذر وللآخر اجر عمله او اجر مثل ارضه يعني ان كان
البذر من صاحب الارض فللعامل اجر مثله وان كان من قبل العامل
فلصاحب الارض اجر مثل ارضه فلو كان رب البذر صاحب الارض فللعامل
اجر مثله لا يزاد على المسمى لانه رضي بسقوط الزائد العامل فلصاحب الارض
اجر مثل ارضه لاستيفاء منافع بعقد فاسد فتجب قيمتها وهو
اجر مثلها واذا صحت فالمشروط اي الواجب هو المشروط لصحة الالتزام
ولا شيء للعامل ان لم يخرج اي الارض شيئا لانه يستحقه شركة ولا شركة
في غير الخارج يجبر العامل ان ابى لا رب البذر يعني اذا عقدت المزارعة
فامتنع من العمل رب البذر فله ذلك لانه لا يتوصل الى الوفاء بالعقد
الا باتلاف البذر وفيه ضرر يلزمه فلا يجبر عليه كما لو استاجر اجيرا
ليهدم داره وفي الكفاية هذا قبل الالقاء وبعده يجبر وان امتنع
العامل اجبره الحاكم على العمل لان الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه فلزم
العقد كما في ساير الاجارات الا اذا كان له عذر يفسخ به الاجارة كالمرض
فتفسخ به المزارعة ولو ابى رب البذر والارض له وقد كرب العامل
فلا شيء له في عمل الكرب قضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد
قوم العمل بجزء من الخارج ولا خارج بعد ويسترضى ديانة يعني
ان لا ذكر جواب في فاما فيما بينه وبين ربه فيلزمه ان يعطي العامل اجر
مثل عمله لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل به من الخارج
نصيبه فاذا اخذ الارض منه فقد غره والتغرير مدفوع فيفتى بان يطلب
رضاه وتبطل اي تبطل المزارعة بموت احدهما اي العاقدين كما في
الاجارة فلو دفعها ثلث سنين فلما نبت في الاولى ومات صاحب

قوله وفي القطع ابطال الحق للعامل الصواب الموافق لعبارة الكافي وفي القلع عزمي زاده

الارض قبل ادراكه ترك اى الزرع في يد المزارع الى ادراكه وفي علم الشرط وبطلت
اى المزارعة في السنين الاخريين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى
مراعاة حق المزارع والورثة وفي القطع ابطالا لحق العامل اصلا فكان
الابقاء اولى واما في الاخريين فلا حاجة الى الابقاء اذ لم يثبت الحق للمزارع
فيه فعملنا بالقياس مضت المدة قبل ادراكه فعلى المزارع اجر مثل نصيبه
من الارض حتى يدرك الزرع لانه استوفى منفعة الارض بتربية حصته فيها
الى وقت الادراك ونفقته اى نفقة الزرع كاجر السقي والمحافظة
والحصاد والرفاع والدوس والتذرية عليهما بقدر حقوقهما حتى يدرك
كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وفي موت احدهما قبله اى
قبل ادراك الزرع ترك اى الزرع في مكانه الى ادراكه ولا شيء على المزارع
لانا ابقينا عقد الاجارة ههنا استحسانا لبقاء مدة الاجارة فامكن استمرار
العامل او وارثه على ما كان عليه من العمل اما في الاول فلا يمكن الابقاء
المدة انفق احدهما على الزرع بلا امر صاحبه وامر قاضي فمتطوع في الانفاق
لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق فصار كالدار المشتركة بينهما
اذا استهدمت فانفق احدهما في مرمتها بلا امر كان متطوعا وتفسخ
اى المزارعة بدين محوج الى بيعها اى بيع الارض كما في الاجارة وليس
للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسناة بشيء
لا يجوز ان يطالبه بالمسمى وهو الخارج لانه معدوم ولا باجر المثل لانه
انما يجب عند فساد العقد ولم يفسد ولو نبت اى الارض قبل
استحصاده اى الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اولى
من الابطال ويخرجه القاضي من حبسه ان حبسه لانه جزاء الظلم وهو لم يظلم لانه
ممنوع عن بيع الارض فلم يكن ظالما

كتاب المساقاة

هي لغة مفاعلة من السقي وشرعا دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وهي

كالمزارعة

كالمزارعة في انها باطلة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وان الفتوى على صحتها
وشروطها كشروطها الممكنة ههنا كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل
والتخلية بين الشجر والعامل والشركة في الخارج وما عداها من الشروط
المذكورة فيها لا يجري ههنا فتصح بلا ذكر المدة والقياس ان لا يصح
لانها اجارة معنى كالمزارعة وتصح استحسانا وتقع على اول ثمر يخرج
اولا ادراك الثمر وقت معين قلما يتفاوت وتفسد ان لم يخرج
اى في هذه السنة لعدم تناول العقد غير هذه السنة فكانهما نصا
على ذلك ذكره تاج الشريعة الا اذا دفع استثناء من قوله فتصح بلا
ذكر المدة غرسا في ارض لم تبلغ اى تلك الغرس الثمر فما خرج كان بينهما (على ان يعملها)
نصفين حيث تفسد ان لم يذكر سنين معلومة ذكره قاضي خان
او دفع اصول رطبة في ارضها فاه ولم يسم الوقت فانها تفسد
لان اصول الرطبة كالغرس نخلا فرطبة لنباتها غاية كستة اشهر مثلا
حيث يجوز وتقع على اول جزة اى قطع يكون اى يحصل ذلك
الاول لها بعد دفع رطبة انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى
يخرج بذرها ويكون اى البذر بينهما نصفين جاز بلا ذكر الوقت
استحسانا لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما
يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة
لصاحبها اذ لا اثر فيها لعمل العامل ولو شرطا تنصيفها فسد
لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبلها اذ ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها بان
دفع الارض ليغرس فيها الكرم سنة او سنتين ببعض الخارج
فانه يعلم قطعا ان الكرم لا يخرج الثمر فيها فسد لان المقصود
بالمساقاة الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع المقصود فيكون مفسدا
للعقد وذكر مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا اى لا يخرج لا اى لا يفسد

لعدم العلم بفوات المقصود بل هو ثابت في كل مزارعة ومساقاة بان يصطلم
الزرع او الثمر آفة سماوية فلو خرج اي الثمر في وقت سمى فعلى الشرط
لصحة العقد والا اي وان لم يخرج فيه بل تأخر عنه فسد العقد
اذ تبين انهما سميا مدة لا يخرج الثمار فيها ولو علم ذلك ابتداء كان
العقد فاسدا فكذا اذا تبين انتهاء واذا فسد فللعامل اجر المثل
كما في المزارعة يصح اي المساقاة في الكرم والشجر والبقول واصول
الباذنجان والنخل ولو وصلية فيه ثمر ان لم يدرك صح لو كان مدركا لم
يصح العقد اذ لا يكون ح لعمل العامل كالمزارعة وعند الشافعي رح
لا يجوز المساقاة الا في النخل والكروم دفع ارضا بيضاء مدة معلومة
على ان يغرسها اشجارا او يكون الاشجار والارض بينهما نصفين
فسدت لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله
وهو الارض فان غرسها اي العامل الارض [illegible] عنده
فاخرجت ثمرا كان الكل لصاحب الارض وللغارس عليه قيمة غرسه واجر
مثل عمله لان صاحب الارض استأجر العامل ليجعل ارضه بستانا
بالآلات نفسه على ان يكون اجره نصف البستان الذي يظهر بعمله
والآلات فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون فاسدا ثم
الغرس ملك للغارس وقد تعذر رده عليه لاتصالها بالارض
فيجب قيمتها واجر مثل عمله لانه لا يدخل في قيمة الغرس المتقوم بنفسه
تبطل اي المساقاة بموت احدهما ومضي مدتها والتمر نيّ هذا قيد لصورتي
الموت ومضي المدة وانما بطلت لان صاحب الارض استأجر العامل
ببعض الخارج ولو استأجره بدراهم بطلت الاجارة بموت احدهما فكذا اذا استأجره
ببعض الخارج فلو مات صاحب الارض فللعامل القيام عليه حتى يدرك
الثمر وان وصلية كره ورثة صاحب الارض لان في انتقاض العقد بموته

اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا له بالعقد وهو ترك الثمار في الاشجار
الى وقت الادراك واذا انتقض العقد يكلف بجذاذ قبل الادراك
وفيه ضرر عليه اذا جاز نقض الاجارة لدفع الضرر فلان يجوز ابقاؤها
لدفعه كان اولى وان مات العامل فلورثته القيام عليه وان كره صاحب
الارض لانهم قائمون مقامه وفيه نظر للجانبين وان ماتا فالخيار
في القيام عليه او تركه الى ورثة العامل لقيامهم مقامه وقد كان له
في حيوته هذا الخيار بعد موته وان لم يمت احدهما بل انقضت مدتها
اي مدة المساقاة فالخيار للعامل ان شاء عمل على ما كان يعمل
حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما على السواء لان في الامر بالجذاذ قبل الادراك
اضرارا بهما والضرر مدفوع كما مر ولا تفسخ الا بعذر كما في الاجارة
ومنه كون العامل عاجزا عن العمل فانه لو لم تفسخ لزم استيجار
الاجراء فيلحق به ضرر لم يلتزم بعقد المساقاة وقد مر
ان الضرر مدفوع او كون العامل سارقا يخاف على ثمره اي ثمر الشجر
او سعفه بالتحريك جمع سعفة وهي غصن النخل كذا في الصحاح
والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الدعوى

اوردها عقيب المعاملات لانها تترتب عليها في الوجود وهي
لغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره والفها للتأنيث
فلا ينون وجمعها دعاوى بفتح الواو كالفتوى وفتاوى
وشرعا مطالبة حق من حقوق العباد عند من هو القاضي
له الخلاص اي تخليصه من المدعى عليه اذا ثبت والمدعي من
اذا ترك ترك اي لا يجبر على الخصومة اذا تركها ولما كان هذا متناولا
للأغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه بقوله من المتنازعين

الدعوى في اللغة اضافة الشيء الى نفسه مطلقا وفي الشرع عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حال المنازعة لا بغير م مبسوط خواهر زاده

قوله ولما كان هذا متناولا لما غلب من المتنازع عليه للمتنازعين في المباحث
احترز عنه بقوله في الحق اي حق العبد والمدعى عليه بحله فاي يجبر على الخصوم
اذا تركها فانطبق الحد على المحدود وقد اختلف عبارات المشايخ في حده
والصحيح ما ذكر ههنا قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي قالوا هذا
حد صحيح ولكن الشأن في معرفته لان العبرة للمعاني دون الصور والمباني
فان الكلام قد يوجد من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع
اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها فانه مدع صورة ومنكر لوجوب
الضمان معنى ولهذا يحلف القاضي اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها
انه لا يلزمه رده ولا ضمان ولا يحلف انه رده لان اليمين ابدا يكون
على النفي وركنها اي الدعوى اضافة الحق الى نفسه ان كان اصيلا
او الى من ناب اي المدعي منابه كما في الوكيل والاب الصغير ووصيه
عند النزاع متعلق باضافة الحق واهلها اي الدعوى العاقل
خرج المجنون المميز خرج به الصبي الغير المميز قال الاستروشني
في جامع احكام الصغار الدعوى من الصبي المحجور عليه غير صحيحة اما
الصبي المأذون له فدعواه صحيحة ان كان مدعيا وان كان مدعى عليه
فجوابه ايضا صحيح وشرط جوازها مجلس القاضي فان الدعوى في مجلس
غيره لا تجب على المدعى عليه جوابه وحكمها وجوب الجواب على
الخصم وهو المدعى عليه حتى اذا امتنع عنه اجبره القاضي عليه وانما قال
اي الدعوى اذا الزمت شيئا على الخصم بعد التحقق لان المدعي والا
وان كان عبثا لا يقدم عليه عاقل وعلم المدعى عطف على الزمت
اي صار ما يدعيه معلوما وبين ذلك بقوله فلو كان ما يدعيه منقولا
في يد الخصم ذكر اي مدعيه انه في يده بغير حق فان الشيء قد يكون في
يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لاجل قبض الثمن

قال

قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص
المنقول بهذا الحكم اقول دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين
احديهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية
انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لا
شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربوا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عر
فت علم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فان ثبوت
اليد مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة ليصح الدعوى وبعد
اثباته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر واما اليد في المنقول
فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها
ليصح الدعوى الحمد لله الهادي الى سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل
وطلب عطف على ذكر احضاره اي احضار ما يدعيه ان امكن ليشار اليه في الدعوى
والشهادة لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذا بالمنقول بالاشارة لانها
ابلغ اسباب التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى مثلا
حضر الحاكم عندها او بعث امينا وذكر قيمته ان تعذر اي احضاره ليصير
المدعى معلوما لان الاعيان يتفاوت والشرط ان يكون الدعوى في
معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لانها خلف عنه قال
الفقيه ابو الليث يشترط مع ذكر الذكورة والانوثة وقال قاضي خان
وصاحب الذخيرة ان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فالمختار
ان بين المدعى قيمته وصفته تسمع وتقبل بينته ولو قال غصبت مني
عين كذا ولا ادري قيمته قالوا تسمع قال في الكافي وان لم يبين القيمة وقال
غصبت مني عين كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته
ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يدري قيمة ماله فلو
كلف بيان القيمة لتضرر به اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه

الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر
او نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا
التحقيق الحمد لله على التوفيق نعم الهادي ونعم الرفيق ولو كان ما يدعى
عقارا ذكر حدوده الاربعة لتعذر التعريف بالاشارة لانه لا يمكن نقله
فيصار الى التحديد لان العقار يعرف به وكفى الثلاثة وقال زفر لا لان
التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل الا ان يغلط في الحد الرابع
لان المدعى يختلف به بخلاف تركه كذا الشهادة اي كما يشترط التحديد
في الدعوى يشترط في الشهادة وان ذكر ثلاثة من الحدود في الشهادة
قبلت شهادتهم عندنا خلافا لزفر وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره
وفي الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة
وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه ولئن قدر لا يصير معلوما
الا بالتحديد وذكر ايضا انه يطالبه لان المطالبة حق المدعى فلا
بد من طلبه وذكر ايضا انه في يد المدعى عليه لانه انما يصير خصما بكونه
في يده ولو اقر كونه في يده لا يثبت بتصادقهما على انه في يده بل
تثبت بالبينة او علم القاضي لاحتمال كون العقار في يد غيرهما
وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد
كما في العمادية ادعى عينا في يد رجل واراد احضاره في مجلس الحكم
فانكر المدعى عليه ان يكون في يده فجاء المدعى بشاهدين
شهدا ان هذا العين كان في يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة
هل يسمع وهل يجبر المدعى عليه على احضاره بهذه البينة ام لا كانت واقعة الفتوى
وينبغي ان يقبل لانه ثبت في يده في الزمان الماضي ولم يثبت خروجه عن يده
وقد وقع الشك في زوال ذلك اليد فتثبت اليد ما لم يوجد المزيل قال شمس
الائمة الحلواني ومن المنقول ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من

الطعام

الموضع

الطعام والقطيع من الغنم والقاضي فيها بالخيار ان شاء حضر ذلك لو تيسر له
ذلك وان لم يتيسر له الحضور لو كان مأذونا بالاستخلاف بعث
خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضي يحلف مخدرة ووقع الدعوى
في جمل ولا يسع باب داره فانه يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفي القدوري
اذا كان المدعى شيئا يتعذر نقله كالرحى فالحاكم فيه بالخيار ان شاء
حضر وان شاء بعث امينا كذا في الذخيرة وذكر القاضي الامام ظهير
الدين ان هذا انما يستقيم اذا كان المدعى في خارج المصر كيف يقضي به
القاضي والمصر شرط لجواز القضاء في ظاهر الرواية فطريقه ان يبعث
واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم بعد ذلك يمضي
قضاءه ولو كان ما يدعيه دينا في الذمة ذكر جنسه كالدراهم والدنانير و
البر والشعير ونحوها وقدره كمائة والف وقفيز وقفيزين ونحوهما
فان الدين لا يعرف الا بذلك وذكر ايضا مطالبته به لما مر انه حقه
واذا صحت اي الدعوى سأل القاضي عنها بالتشديد وجه الحكم
اذ الحكم بالبينة او الحكم بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول ان خصمك
ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول فان اقر اي الخصم الزمه اي القاضي
بموجبه لم يقل قضى او حكم لما قال في الكافي بلفظ القضاء توسع
لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء فكان الحكم من
القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر بخلاف البينة وان انكر اي
الخصم سأل القاضي المدعى بينة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال
للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين
على عدم البينة فلا بد من السؤال عنها ليتمكن من الاستحلاف فان
اقامها اي البينة قضى عليه لانه نور دعواه بالبينة فهي فعيلة من
البيان فانها دالة واضحة يظهر بها الحق عن الباطل والا اي

وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها حلفه اي القاضي الخصم بطلبه اي المدعي لان الحلف حقه ولهذا اضيف اليه بحرف اللام في الحديث وجه كونه حقا له ان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع عن اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما زعم وهو اعظم من اتواء المال ويحصل للمحلف الثواب بذكر الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء لان المعتبر يمين قاطع للخصوم ولا عبرة لليمين عند غيره وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه لكن ليس له ان يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجدها اقامها وقضي له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين ويقولون يترجح جانبه صدقه باليمين فلا يقبل بينة المدعي وهذا القول ليس بشيء لان عمر رضي الله تعالى عنه قبل البينة عن المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد ادعى عليه بحق فانكر وحلف على نفيه ثم اقام صاحب الحق البينة والصواب انه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد ادعي عليه بحق فانكر وحلف على نفيه ثم اقام صاحب الحق البينة فخفي بها لو يعذر الحال الزور ذكره الزيلعي فان نكل اي قال لا احلف مرة او سكت بلا آفة من طرش او خرس فانه نكول حكما وقضي صح لان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر ترك هذا الواجب بالنكول دليل على انه باذل او مقر والا لاقدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه ببذل المدعي او الاقرار به والشرع الزم التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة

فنرجح

فنرجح هذا الجانب على جانبه لتورعه في نكوله هو اي القضاء بعد عرض اليمين اي عرض القاضي اليمين على الخصم بان يقول له اني لم تحلف احكم عليك ثلاثا احوط لاحتمال ان يحلف بعد مرة او مرتين ولا عبرة بعد القضاء لقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء ويعتبر اي قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلاثا اذ لا يلزم فيه نقض القضاء ولا ينفذ ولا يرد اليمين على المدعي وان نكل خصمه وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين فان حلف قضي به والا انقطعت المنازعة بينهما لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضي له بشيء لانه صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه بالنكول لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ومطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسيم صاحبه فيدل على ان جنس الايمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي اذ اللام في اليمين للاستغراق فمن جعل الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب وبناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده كذا في الكافي ولو قال اي المدعى عليه لا اقر ولا انكر حبسه اي القاضي حتى يقر او ينكر لانه ظالم في اخفاء الجواب ادعى رجل على آخر مالا فانكر اي المدعى عليه فاصطلحا على ان يحلف المدعى عليه ويبرأ من المال فالصلح باطل وهو اي المدعي على دعواه ان اقام بينة سمع وان لم يقمها واستحلفه حلفه القاضي اي لو لم يكن الحلف الا ولا صح القبلح عنده فان التحليف عند غير القاضي لا يعتبر كما ان النكول عند غيره لا يوجب الحق لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة ولو كان الاصطلاح عنده لم يحلفه ثانيا وكذا اصطلحا ان المدعي لو حلف فالخصم ضامن وحلف

اي المدعي لو حلف فالخصم ضامن وحلف اي المدعى لم يضمن اي الخصم كذا في العناية
لا تحليف في نكاح بان ادعى رجل على امرأة او هي عليه نكاحا والآخر منكر ورجعة
بان ادعت عليه وهي عليه بعد المدة انه فاء في العدة وانكر الآخر وايلاء
بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ولدت ولدا فقد مات
او اسقطت سقطا مستبين الخلق منه فانكر المولى وله بنتان من الجانب الآخر واذا
لو ادعى المجهول انه عبده وانكر الآخر ونسب بان ادعى على مجهول النسب انه
ابنه او هو يدعي عليه والآخر ينكر وولاء بان ادعى على معروف الرق انه
معتقه او مولاه او ادعى المعروف ذلك عليه وكان ذلك في ولاء الموالاة
والآخر منكر وحد سواء كان حدا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر
وحد السرقة او دائرا بين الحقين كحد القذف حتى ان من ادعى على آخر على انه
قذفه وانكر القاذف لا يستحلف لان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا
فالتحق بالحدود الخالصة لله تعالى واما في السرقة فان السارق يستحلف
لاجل المال اذا اراد المالك اخذ المال لا القطع فيقال له دع ذكر السرقة
وادع تناول مالك فيكون لك عليه عين قال في النهاية لا يستحلف في الحدود
بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت
حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل
ثبت العتق لا الزنا ولعان بان يدعي المرأة القذف بالزنى و
وجوب اللعان وهو ينكر جميع ما ذكر قول ابي حنيفة وقالا يستحلف
فيها كلها الا في الحد واللعان لان هذه حقوق تثبت بالشبهات
فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود ولان فائدة الحلف
ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحلف لما وجب كان طلب
على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول يعتبر
من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا فورده

والسكوت

والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت في نفسه محتمل
فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج كما انه حد القذف
ولنا ان النكول بذل واباحة اذ لو حمل على الاقرار لكذبناه في الانكار ولو جعل
بذلا قطع الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان نظن
به الكذب وهذه حقوق لا يجري فيها البذل فلا يقضى بالنكول كالقصاص
في النفس بخلاف الاموال وذلك لان المرأة لو قالت مثلا لا نكاح بيني
وبينك ولكني بذلت نفسي لك لم يصح كلامها وكذا باقي الامثلة فالحاصل
ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله والا فلا قال
قاضي خان الفتوى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى
عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه
اخذا بقوله كذا في الكافي ويحلف السارق وان نكل ضمن ولم يقطع لانه في
السرقة يدعي المال والحد لا يجامع الشبهة بخلاف المال فيثبت
به كما يثبت بشهادة رجل وامرأتين حيث لا يثبت القطع ويضمن
المال كذا الزوج اذا ادعت طلاقا قبل الدخول يعني ادعت طلاقا
قبل الدخول ويستحلف الزوج فان نكل ضمن نصف مهرها عندهم
لان الاستحلاف يجري في الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان المقصود
المال لانه دعوى المال حقيقة فيثبت بنكوله المال لا النكاح فكذا
النسب اذا ادعى حقا يعني يحلف في دعوى النسب اذا ادعى حقا كالارث ونفقة
بان ادعى رجل على رجل بانه اخوه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه
او طلب من القاضي النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على
النسب بالاجماع فان حلف بري وان نكل قضى بالمال والنفقة لا النسب
وحجر في اللقيط بان كان صبي في يد رجل اللقيط وهو لا يعبر وارادت استحلافه
فنكل ثبت به حاجة نقل اللقيط الى حجرها ولا يثبت النسب وعتق بالملك

بان ادعى عبد على مولاه انه معتق لا انه اخوه واستحلف فان حلف برئ وان نكل قضى بالعتق لا النسب وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة بان ادعى فقال للموهوب له انا اخوك فان المدعى عليه يستحلف على ما يدعي من النسب لا محالة فان نكل في الصور المذكورة ثبت الحق يعني الارث والنفقة والحجر والعتق وامتناع الرجوع لا النسب الا ان كان اي النسب نسبا لا يصح الاقرار به فلا اي وان كان نسبا لا يصح الاقرار به فلا اي وان كان نسبا فعلى الخلاف فيعني يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان نسبا يثبت باقراره بيانه ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى واقرار المراة يصح بالاب والزوج والمولى ولا يصح بالابن لان فيه تحميل النسب على الغير فكان اقرارا على الغير فلا يصح فلو ادعى رجل انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا يحلف عندهما لانه لو اقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذي هو اقرار وان ادعى انه اخوه او عمه او نحو ذلك لا يستحلف المدعى عليه لانه لو اقر به لا يثبت لان فيه تحميل النسب على الغير يحلف منكر القود يعني ادعى على غيره قصاصا في النفس وفيما دونها فانكر استحلف اجماعا فان نكل في النفس يقضى بقتل ولا دية بل حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونها يقضى عند ابي حنيفة رح وعندهما يلزم الدية فيهما ولا يقضى بالقصاص لان القصاص فيما دون النفس عقوبة تندرئ بالشبهات ولا يثبت بالنكول كالقصاص في النفس لان النكول وان كان اقرارا عندهما ففيه شبهة العدم لانه انما امتنع من اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا واذا امتنع القود وجبت الدية ولان الاطراف محل البذل فيستوفى بالنكول كالمال فان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية النفس كالمال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس

ويحلف في التعزير يعني اذا ادعى على آخر ما يوجب التعزير واراد تحليفه اذا انكر فالقاضي يحلفه لان التعزير محض حق العبد ولهذا يملك العبد اسقاطه بالعفو ولا يمنع الصغر وجوبه من عليه التعزير اذا امكن صاحب الحق منه اقامه ولو كان حق الله تعالى لكان منع الاحكام على عكس هذا اذ الاستحلاف يجري في حقوق العباد سواء كانت عقوبة او مالا فان نكل عزر لان التعزير يثبت بالشبهات فجاز ان يقضى فيها بالنكول قال اي المدعي لي بينة حاضرة في المصر واستحلف الخصم لا يحلف قيد بالمصر لانها اذا حضرت في مجلس الحكم لا يحلف اتفاقا كذا في النهاية ويكفل بنفسه ثلثة ايام كيلا يغيب ويبطل حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل معروف الدار لتحصل فائدة الكفيل ولا بد للتكفيل من قوله لي بينة حاضرة في المصر حتى لو قال لا بينة لي او شهودي غائب لا يكفل اذ لا فائدة فيه فان ابى ان يعطيه كفيلا لازمه اي دار معه حيث سار حتى لا يغيب ولازم الغريب ان كان الخصم غريبا ولا يكفل اي الغريب الا في آخر المجلس لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على قدر المجلس اضرارا بالغريب لمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا والحلف بالله تعالى دون غيره لقوله عم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر لا بالطلاق والعتاق لما روينا الا اذا الح الخصم يعني جاز للقاضي ان يحلف بالطلاق والعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى في زماننا اذا نكل لا يقضى عليه اذا لم يتقدم ذكره الزيلعي وشرح الهداية ويغلظ اي اليمين بصفاته تعالى كان يقول القاضي قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وللمحلف ان يزيد في التغليظ

مطلب في اخذ الكفيل من المدعى عليه ثلثة ايام

التعزير حق العبد لكنه يخالف لما سبق منه في فصل التعزير ان حق العبد غالب فيه يعني كلاميه تدافع ظاهر

هذا موافق لما سبق منه في اول كتاب الصلح من ان التعزير

في الكنز

في الهداية

على هذا وان ينقص منه لكنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو لئلا يتكرر عليه اليمين
اذ اللازم عليه يمين واحدة ولا انه لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ
بالله او والله لان المقصود منه نكوله واحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من
يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا لم يغلظ فكان الرأي فيه الى القاضي
وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ على
الخطير من المال لا الحقير ولا اي لا يغلظ بالزمان والمكان وعند الشافعي
يغلظ بهما اما الاول فبان يكون بعد صلوة العصر يوم الجمعة واما الثاني
فبان يكون في المسجد الجامع عند المنبر وحلف اليهودي بالله الذي
انزل التورية على موسى عم والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على
عيسى عم والمجوسي بالله الذي خلق النار فيغلظ على كل واحد
بما يعتقد تغليظ اليمين به ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة
وعن ابي حنيفة رح انه لا يحلف احد الا بالله خالصا تفاديا
عن تشريك الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي
والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين
لان اليمين يشعر به ولا ينبغي ان يعظم النار بخلاف التورية
والانجيل لانهما كتب الله تعالى واجب التعظيم ولا يحلفوا الوثني
الا بالله لان الكفرة كلهم معترفون بالله تعالى قال الله تعالى
ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله كذا في الكافي و
لا يحلفون في معابدهم لان فيه تعظيمها ويحلف على الحاصل في
سبب يرتفع كالبيع والنكاح والطلاق والغصب والتعزير وتعيين
التحليف بقوله بالله ما بينكما بيع قائم او نكاح قائم الآن او ما هي بائن
منك الآن او ما يجب عليك رده الآن او ما يجب عليك حق التعزير الآن
لا اي لا يحلف على السبب في بينه بقوله ما بعته ونحوه اي ما نكحتها او ما طلقتها

او ما غصبته او ما شتمته لان الاصل ان الدعوى اذا وقعت في سبب يرتفع
بعد وقوعه كالبيع ونظائره فان اليمين تكون على الحاصل لا على السبب
عند ابي حنيفة ومحمد رح اذا ادعى انه ابتاع من هذا بالف فجحد يحلف بالله
ما بينكما بيع قائم ولا يحلف بالله ما بعت فلعله باع ثم اقال وكذا النكاح وغيره
ثم التحليف بالله على الحاصل لا السبب هو الاصل عندهما اذا كان يرتفع برافع
الا اذا كان فيه اي في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي فيحلف على السبب اجماعا
اذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة يصدق في يمينه في اعتقاده
فيفوت النظر في حق المدعي وكذا اذا ادعت مبتوتة نفقة والزوج ممن لا
يراها لكونه شافعيا فانه يحلف على السبب اذ لو حلف على الحاصل بالله ما لها عليك
النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي ويحلف
على سبب لا يرتفع برافع بعد ثبوته لا على الحاصل اجماعا كعبد مسلم يدعي عتقه
فانه اذا ادعى عتقه على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما اعتقه
لعدم الضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود الرق بعد العتق
مسلما بخلاف الامة والعبد الكافر حيث يحلف بالله فيهما اي ما هي حرة وعلى
او ما هو حر في الحال لامكان تكرار الرق على الامة بالردة واللحاق والسبي
العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم ويحلف
خصمه فقال حلفني مرة فاقام البينة عليه تقبل يعني اذا ادعى على آخر
مالا فانكر واراد المدعي تحليفه فقال المدعى عليه ... تقبل
وصح تحليفه اي ان لم يكن له بينة جاز اي تحليفه قال الى المدعي انك
حلفتني على هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا فانكر المدعي ذلك فاقام
المدعى عليه بينة لي ثم برهن او لا شهادة لي ثم شهد معنى الاول ان يقول ليس
لي بينة على دعوى هذا الحق ثم جاء بالبينة ومعنى الثاني ان يقول ان هذا
لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد فيه روايتان في رواية لا تقبل

لظاهر التناقض وفي رواية تقبل والاصح القبول لجواز ان يكون له بينة او شهادة
فنسيها ثم ذكرها او كان لا يعلمها ثم علم قيل تقبل ان وفق وفاقا ذكره في الملتقط كذا
اذا قال لا دفع لي ثم اتى بدفع اي فيه روايتان وقيل لا يصح دفعه اتفاقا
لان معناه ليس لي دعوى الدفع ومن قال لا دعوى لي قبل فلان ثم ادعى
عليه لا يسمع كذا ههنا وبعضهم قال يصح وهو الاصح لان الدفع يحصل
بالبينة على الدفع لا بدعوى الدفع فيكون قوله لا دفع لي بمنزلة قوله
لا بينة لي كذا في العمادية النيابة تجري في الاستحلاف يعني يجوز ان
يكون شخص نائبا عن اخر اصيل على غيره في طلب اليمين على المدعى عليه
اذا عجز عن اقامة البينة لا الحلف يعني لا يجوز ان يكون شخص نائبا
عن شخص توجه عليه اليمين ليحلف من قبله وفرع على الاول بقوله
فالوكيل والوصي والمتولي وابو الصغير يستحلف اي يطلب الحلف
من الخصم ولا يحلف اي واحد من الوكيل وغيره الا اذا صح اقراره
اي اقرار واحد منهم على الاصيل كالوكيل بالبيع او الخصومة في الرد بالعيب
فان الوصي اذا خوصم في عيب العين باعه للصغير لا يستحلف والوكيل
بالبيع او الخصومة في الرد بالعيب من جهة المالك يستحلف لان
اليمين لرجاء النكول ولو اقر الوصي صريحا فكذا لا يستحلف فاما الوكيل
فاقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله التحليف على فعل نفسه يكون على
البتات اي انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره
يكون على العلم اي لا يعلم انه كذلك وجه الاول ظاهر واما وجه الثاني فلانه
لا يعلم ما فعل غيره ظاهرا فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع
كونه صادقا فيها فيتضرر به فطولب بالعلم فاذا لم يقبل مع الامكان
صار باذلا او مقرا هذا اصل مقرر عند ائمتنا وكان الامام فخر الاسلام
يزيد عليه حرفا وهو ان التحليف على فعل غيره على العلم الا اذا كان

فعل

فعل الغير شيئا يتصل به اي بالحالف وفرع عليه بقوله فاذا ادعى سرقة العبد
او اباقه يحلف اي البايع على البتات مع انه فعل الغير يعني ان مشتري العبد
اذا ادعى انه سارق او ابق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه
ابق او سرق في يد البايع واراد التحليف يحلف البايع بالله ما ابق عندك
بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح لان تسليمه اي
تسليم البايع المبيع سليما عن العيوب واجب عليه اي البايع فالتحليف
يرجع الى ما ضمن البايع بنفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشراء اي تفريع
على قوله وفعل غيره على العلم يعني اذا اشترى زيد من عمرو شيئا ثم ادعى بكر انه اشتراه
قبله وعجز عن البينة يحلف خصمه وهو بكر على العلم اي انه لا يعلم انه اشتراه
قبله كما مر كذا لو ادعى دينا او عينا على وارث اذا كان فيه بان يقول رجل انه
ان لي على مورثك الف درهم فمات وعليه الدين واما الثاني فبان يقول ان هذا
العبد الذي ورثته من فلان ملكي في يدك بغير حق ولا بينة لواحد منهما
فان الوارث يحلف على العلم لا البتات لما ذكر اذا علم القاضي كونه ميراثا
او اقر به المدعي وبرهن الخصم عليه كذا في العمادية ولو ادعاهما اي
الدين والعين الوارث على غيره ويحلف اي المدعى عليه على البتات
لا العلم لما ذكر كالموهوب والمشترى اي لو وهب عبدا فقبضه او اشترى
رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم ان العبد عبده ولا بينة له
فاراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات ادعى رجل منكوحة
منكوحة ولا بينة اي للمدعي يحلف الزوج على العلم اي لا يعلم انها
منكوحة فان حلف انقطع النزاع وان نكل حلفت اي المرأة على
البتات اي انها ليست امرأته فان نكلت قضيت بنكاح المدعي كذا
في العمادية اعلم ان كل موضع وجبت فيه اليمين على البتات فحلف
على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين

عنه وكل موضع وجب فيه اليمين على العلم يحلف على البتات كذ فبعضهم بخلاف
العكس ذكره الزيلعي ادعى اشياء مختلفة يحلف على الكل مرة في العمادية
ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم
يذكر قيمة كل عين على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل
وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح لان المدعي لو ادعى غصب
هذه الاعيان لا يشترط لصحة الدعوى بيان القيمة لكن ان ادعى ان
الاعيان قائمة في يده يؤمر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها فان قال انها
قد هلكت في يده او استهلكها وبين قيمة الكل جملة يسمع دعواه وان
ويقبل بينته وان لم يكن له بينة على الكل مرة لان وجوب التحليف
مبني على صحة الدعوى وقد صحت فوجب على الكل مرة اقر بدين او
غيره ثم قال كنت كاذبا في اقراري حلف المقر له انه اي المقر لم يكن كاذبا
فيه ولست مبطلا في دعواك عليه عند ابي يوسف رح وهو استحسان وعندهما
يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا
كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه بعيد وجه الاستحسان ان العادة
جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الاخذ
ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة
فيحلف وعليه الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات
وهو يتضرر والمدعي لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه
ذكره الزيلعي صح فداء اليمين والصلح فيه يعني اذا ادعى رجل مالا على آخر
فانكر واستحلف فافتدى يمينه بمال او صالح عن يمينه على مال صح
لما روي عن عثمان رضي الله عنه انه ادعى عليه اربعون درهما
فاعطى شيئا فافتدى يمينه ولم يحلف وعن حذيفة رضي الله عنه
انه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف وقع في القيل والقال فان

بعض

عند البتات بعض المشايخ يسقط اليمين عنه وبعضهم عليه اذا نكل لانه لو حلف

بعض الناس يصدق وبعضهم يكذب فاذا افتدى يمينه صان عرضه وهو
حسن قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم ولا يحلف بعده اي ليس للمدعي
ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط خصومته باخذ البدل منه بخلاف
ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم مثلا حيث لم يجز وكان له ان يحلفه
بعد ذلك لانه لم يسقط خصومته لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين
ليست بمال كذا في العناية

باب التحالف

اختلفا اي المتبايعان في قدر الثمن بان ادعى المشتري ثمنا وادعى
البايع اكثر منه او وصفه بان ادعى البايع انه بدراهم رائجة وادعى
المشتري انه بدراهم كاسدة او جنسه بان ادعى البايع انه بالدنانير
وادعى المشتري انه بالدراهم او اختلفا في قدر المبيع بان اعترف البايع
بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه حكم لمن برهن اي اقام
البينة لانه نور دعواه بالحجة فيبقى في الجانب الآخر مجرد الدعوى
والبينة اقوى لانها تلزم على القاضي الحكم والدعوى لا تلزم وان
برهنا حكم لمثبت الزيادة لان البينات للاثبات ومثبت الاقل
لا يعارض مثبت الاكثر وان اختلفا فيهما اي الثمن والمبيع جميعا
بان قال البايع بعت عبدا لو احدا بالفين وقال المشتري لا بل
بعت العبدين بالف فحجة البايع في الثمن والمشتري في المبيع
اولى لان حجة البايع في الثمن اكثر اثباتا وان عجزا اي لم يكن لكل منهما
بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا
البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا
فسخنا البيع لان الغرض قطع الخصومة وقد امكن ذلك برضاء احدهما
بما يدعيه الآخر فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتى يسأل كلا منهما
بما يختاره وان لم يرضيا بدعوى احدهما تحالفا اي استحلف القاضي

وحجة المشتري في المبيع اكثر اثباتا ام

كلا منهما على دعوى الآخر فاصل ان التحالف قبل القبض حال قيام السلعة على
وفق القياس لان البايع يدعي على المشتري زيادة الثمن والمشتري يدعي على
البايع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا والبايع ينكره فكان كل منهما
منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس واما التحالف بعد القبض فعلى خلاف
القياس عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى لان المبيع سلم للمشتري
فلا يكون مدعيا على البايع شيئا فبقي دعوى البايع على المشتري زيادة
الثمن وهو ينكر فيكتفي بحلفه وانما ثبت التحالف بعد القبض بقوله صلى
الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا
وبدئ بيمين المشتري لانه اقواهما انكارا لانه المطالب اولا بالثمن فيكون
هو البادي بالانكار فيبدأ بيمينه لو سلعة بثمن اي هذا اذا كان بيع
عين بدين والا اي وان لم يكن كذلك بل بيع عين بعين او ثمن بثمن فبأي
شاء اي بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول و
صفة التحالف ان يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ويحلف البايع بالله ما باعه
بالف وفسخ القاضي اي فسخ القاضي بطلب احدهما او طلبهما الفسخ وقيل بالتحالف ينفسخ
التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما تحالفا لم يثبت ما ادعاه كل منهما فبقي بيعا
بثمن مجهول ويفسخ القاضي قطعا للمنازعة بينهما وفرع عليه ما ذكر في المبسوط
بقوله فلو وطئ المشتري الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ حل له
وطؤه لانه لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ القاضي ومن نكل عن اليمين من المتبايعين
لزمه دعوى الآخر بالقضاء لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر او باذلا له لا تحالف في
اصل البيع والاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن ومكان دفع المسلم فيه
وحلف المنكر اي منكر البيع والاجل وغيرهما لان هذا اختلاف في غير المبيع
والثمن فكان كالاختلاف في الحط والابراء بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه
حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر ولا بعد هلاك المبيع او خروجه عن ملكه او

تغيره

تغيره بالعيب يعني اذا هلك المبيع او خرج عن ملكه ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا
الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك اي بعدم اخذ شيء من ثمن الهالك وجعل العقد
كان لم يكن الا على القايم ولا في بدل الكتابة اي لا تحالف ايضا بين المولى والمكاتب
اذا اختلفا في قدر بدل الكتابة لان التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق
اللازمة وبدل الكتابة غير لازم لجواز العجز واذا انعدم التحالف وجب اعتبار
الدعوى والانكار فيكون القول قول العبد مع يمينه لانكاره الزيادة و
ان اقام البينة فبينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة ولا في راس المال بعد
اقالته اي اذا اقالا عقد السلم واختلفا في راس المال لم يتحالفا اذ لو تحالفا فسخ
الاقالة ويعود السلم وهو لا يجوز لان الاقالة اسقاط الدين والساقط لا يعود بل
صدق المسلم اليه حلف لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا
يعود السلم لما ذكر ان الساقط لا يعود بخلاف البيع يعني اذا اختلفا في
قدر الثمن بعد الاقالة وقبل قبض المبيع يحكم بالتحالف وعاد البيع والفرق
ان الغرض من التحالف فسخ العقد حيث يعود كل منهما الى اصل ماله والاقالة في البيع قابلة
للفسخ فيقوم تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا الغرض لان الاقالة
في السلم بعد نفاذها لا يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو قالا نقضنا
الاقالة لا تنتقض فلا يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ اختلفا في قدر المهر قضي
لمن برهن اي اقام البينة لانه نور دعواه بها وهي كاسمها مبينة وان برهنا
فلها اي قضي للمرأة ان شهد مهر المثل لها اي للزوج بان كان مثل ما يدعيه الزوج او اقل
لان الظاهر شهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر وقضي له اي للزوج ان شهد
اي مهر المثل لها بان كان مثل ما تدعيه او اكثر لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر
وان لم يشهد اي مهر المثل لهما اي لواحد منهما بان كان اقل مما ادعته
اي تساقطا لاستوائهما في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت
الحط فلا يكون لاحدهما اولوية على الآخر او لم يبرهنا تحالفا وانهما

وأكثر مما ادعاه

ايضا لما مر ان الساقط لا يعود واما الاقالة في البيع فمما يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو قالا نقضنا الاقالة تنتقض فاحتمل الفسخ بالتحالف ايضا لانتفاء المانع هنا الا من العيب يحتمل العود

تساقطا

لزم دعوى الآخر لانه صار مقرا بما يدعيه خصمه وباذاه ولا يفسخ النكاح لان
يمين كل واحد منهما يبطل ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية
وهو لا يفسد النكاح اذ المهر تابع فيه بخلاف البيع فان عدم تسمية الثمن
يفسده كما في البيوع ونفسخ القاضي قطعا للمنازعة بينهما بل يحكم مهر المثل
اي يجعل حكما فيقضي بقوله اي الزوج لو كان مهر المثل كما قال او اقل ويقضي
بقولها لو كان مهر المثل كما قالت او اكثر وبه اي يقضي بمهر المثل لو كان مهر المثل بينهما
بان كان اكثر مما قال واقل مما قالت اذ لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا
الحط عنه للتحالف اختلفا في بدل الاجارة بان ادعى الموجر انه اجره بشهر
وادعى المستاجر انه استاجره بشهرين قبل قبضهما اي قبض المنفعة او اختلفا
فيهما اي بدل الاجارة والمنفعة تحالفا وترادا لم يذكر الاجل لعدم جريان
التحالف فيه بل القول لمنكر الزيادة ذكره في النهاية ووجه التحالف ان الاجارة
قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع في كون كل من المتعاقدين يدعي
على الآخر وهو ينكره وكون كل من العقدين معاوضة يجري فيهما الفسخ
فالحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة
معدومة واجيب بان الدار مثلا اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد
عليها فكانها قائمة تقديرا وحلف المستاجر اولا لو اختلفا في الاجرة
والموجر لو اختلفا في المنفعة واي نكل ثبت قول الآخر واي برهن قبل
وان برهنا فحجة الموجر اولى لو اختلفا في الاجرة وحجة المستاجر
اولى لو اختلفا في المنفعة نظرا الى زيادة الاثبات وحجة كل في زايد
يدعيه اولى لو اختلفا في الاجرة وحجة المستاجر اولى فيهما اي الاجرة
والمنفعة بان ادعى الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة
فيقضي بشهرين بعشرة ولا تحالف لو اختلفا بعد قبض المنفعة والقول
للمستاجر مع يمينه لان جريان التحالف لاجل الفسخ والمنافع المستوفاة

ادعى بان الموجر انه اجره شهرا بعشرة دراهم وادعى المستاجر انه استاجره بخمسة او المنفعة

لا يمكن العقد فسخ فيها وبعد بعضها اي المنفعة تحالفا وفسخت اي الاجارة
فيما بقي والقول للمستاجر فيما مضى لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ابتداء
فصار ما بقي من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالف فيه بخلاف ما اذا هلك بعض
المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه ابتداء بل الجملة معقودة بعقد واحد
فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة اختلف الزوجان
في متاع البيت سواء قام النكاح بينهما او لا وادعى كل واحد منهما
ان المتاع كله له ولا بينة لهما فالقول لكل منهما فيما يصلح له يعني ان
القول فيما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان
والسلاح والمنطقة والكتب والدرع والفرس والنشاب ونحوها قول
الزوج مع يمينه بشهادة الظاهر له وفيما يصلح للنساء كالدرع
والخمار وثياب النساء وحليهن ونحوها قول المراة مع يمينها لان
الظاهر شاهد لها الا اذا كان كل منهما يفعل او يبيع ما يصلح للآخر
اي الا ان يكون زوج المراة صائغا وله خواتم واساور وخلاخيل
النساء والحلي والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا اذا كانت المراة دلالة
تبيع ثياب الرجال والنساء او ثياب الرجال وحده كذا في زوج الهداية
والقول له اي للرجل فيما يصلح لهما كالفرش والامتعة والاواني
والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود لان المراة وما في يدها
في يد الزوج واذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول لذي اليد
ههنا بخلاف فانه يختص بها لانها ظاهر اكثر من اليد وهو يد الاستعمال
فيجعل القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والآخر
متعلق بكمه فاللابس اولى بهذا اذا كانا حيين فان مات احدهما فالمشكل
للحي بيمينه حرا كان او رقيقا اذ لا يد للميت فبقيت يد الحي

مطلب
اختلف الزوجان في متاع البيت
كل واحد منهما ان المتاع كله له
ولا بينة لهما فالقول لكل
منهما فيما يصلح له

بلا معارض هكذا ذكر في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر
الاسلام وشمس الائمة الحلواني وقاضي خان وقال شمس الائمة السرخسي
في الجامع الصغير وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي رواية
محمد الزعفراني للحر منهما ولو كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر بالواو
في الحياة لان يد الحر اقوى وللحي في الموت اذ لا يد للميت فخلت يد
الحي عن المعارضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون و
المكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب
في شيء هو في ايديهما يقضى بينهما لاستوائهما في اليد بخلاف ما لو كان
محجورا حيث يقضى به للحر اذ لا يد له فصل فيمن يكون خصما
ومن لا يكون قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه زيد او آجرنيه
او رهنيه او اعارنيه او غصبته ورهن عليه دفعت الخصومة
يعني ادعى رجل عبدا في يد رجل انه له فقال ذو اليد انه لفلان الغائب
اودعنيه الى آخر ما ذكر فاقام على ذلك بينة انه او اقام بينة ان المدعي
اقر انه لفلان اندفع عنه خصومة المدعي لانه اثبت ببينة انه وصل اليه
من جهة فلان وان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا يخرج
من الخصومة باقامة البينة لانه خصم بيده فصار متناقضا في
دفع الخصومة عن نفسه قال ابن ابي ليلى يخرج منها بغير بينة اذ لا تهمة
فيما يقر به على نفسه وقال ابو يوسف رح ان كان ذو اليد رجلا صالحا
اندفعت عنه الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل
لا تندفع رجع اليه حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس
فقال المحتال من الناس قد يأخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه الى الآخر سرا
ويودعه بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه
فيه اقام ذو اليد بينة على ان فلانا اودعه فيبطل حقه وقال محمد

لا تندفع اذا قالوا نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه قال ابو حنيفة رح تندفع
ان قال الشهود نعرفه باسمه ونسبه يندفع ان قال الشهود نعرفه او بوجهه
لان ذو اليد محتاج الى دفع الخصومة عن نفسه وانما تندفع اذا اثبت
ان يده ليست يد مالك وخصومة وقد حصل ذلك لانه اثبت ببينة
انه ليس ببينة انه ليس بخصم لهذا المدعي فانا نعلم ان مودعه ليس
هذا المدعي لان الشهود يعرفون المودع بوجهه وان قالوا اودعه من لا نعرفه
لا يكون دفعا لاحتمال ان يكون المودع هذا المنازع كما لو قال اني اشتريته
من الغائب حيث لا تندفع الخصومة لانه زعم ان يده يد ملك
صار معترفا بكونه خصما وقال المدعي غصبته او سرقته او قال سرق مني
حيث لا تندفع به الخصومة وان وصلية برهن ذو اليد على ايداع
زيد اما الاول فلان المدعي انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده
فلا تندفع دعواه باحالة الملك عليه بل ادعى الفعل عليه في الغصب
او السرقة واما الثالث ففيه خلاف محمد رح حيث قال تندفع به لانه
لم يدع الفعل عليه بل ادعى الفعل على مجهول وهي باطلة فالحقت
بالعدم فبقي دعوى الملك ولهما ان ذكر الفعل يستدعي فاعلا
ولو عينه لم تندفع كذا هنا لان ذلك الفعل يستدعي فاعلا
والظاهر انه الذي في يده وانما ابهم درءا للحد فنزل ذلك منزلة تعيينه بخلاف
غصب مني على البناء للمفعول حيث تندفع به الخصومة اذ لا حد
فيه فلا يحترز عن كشفه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة على
الملك تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذي اليد فقط ولو قال
اشتريته من زيد وقال ذو اليد هو اي زيد اودعنيه دفعت الخصومة
بلا حجة لتصادقهما على ان اصل الملك فيه لزيد فالظاهر وصول اليد الى ذي
اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة بل يد نيابة والدعوى انما تصح

على من يكون بيده ملك الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه فح
يصح دعواه لانه يثبت بحجة انه احق بامساكه فان طلب المدعي يمينه
على ما ادعى من الايداع حلف على البتات ولو قال ذو اليد اودعني وكيله
لم يصدق الا ببينة لان الوكالة لا تثبت بقوله والله اعلم واحكم

باب دعوى الرجلين حجة الخارج

في الملك المطلق اولى من حجة ذي اليد لان الخارج هو المدعي و
البينة بينة المدعي بالحديث كما مر وفيه خلاف الشافعي فاذا
نكل المدعى عليه قضى بالمال عليه للمدعي خلافا له قيد الملك بالمطلق احترازا
عن المقيد بدعوى النتاج وعن غير المقيد بما ادعيا تلقي الملك من واحد
قابض وبما اذا ادعيا الشرى من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه
الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كما سيأتي الا اذا ارخا وتاريخ ذي اليد اسبق
لان للتاريخ عند ابي حنيفة رح في دعوى مطلق الملك اذا كان من الطرفين
وهو قول ابي يوسف رح الآخر وقول محمد اولا وعلى قول ابي يوسف اولا
وهو قول محمد آخرا لا عبرة له بل يقضى للخارج ادعى ان هذا العبد له غاب
عنه منذ شهر وقال ذو اليد منذ سنة يقضى للمدعي ولا يلتفت الى بينة
المدعى عليه لان ما ذكر المدعي تاريخ غيبة العبد عن يده لا تاريخ ملكه
فكان دعواه في الملك مطلقا خاليا عن التاريخ وصاحب اليد ذكر التاريخ
لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر عند ابي حنيفة رح فكان دعوى صاحب اليد
دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج برهنا
الخارجان على ما في يد آخر يعني ادعى اثنان عينا في يد آخر كل منهما زعم
انها له واقاما البينة قضى به لهما بطريق الاشتراك بينهما لما روي ان رجلين
اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل منهما البينة
فقضى بها بينهما نصفين وبرهنا على الشراء منه اي من آخر فلكل نصفه

ببدله

ببدله او تركه يعني ان كان عبد في يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشتراه منه
واقاما بينة بلا توقيت فكل منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف
الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان نقد كما لو
في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان
شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه هو اتحاد الصفقة وقد تغير عليه
ولعل رغبته في تملك الكل فلم يحصل فيرده فيأخذ كل الثمن وترك احدهما
بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله يعني اذا قضى القاضي بينهما بنصفين فقال
احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه
بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي
لا يعود الا بتجديده ولو لم يوجد وذكر بعض الشارحين ناقلا عن
مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده انه له الخيار وهو الظاهر كذا في
العناية وهو ادعاه شخصان للتابع ان ارخا اي ان ذكر كل منهما
تاريخا فهو للاقدم منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد
فاندفع الآخر به وللذي يده لم يؤرخا اي لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما
فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيقه يتوقف على
مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية
ان ما مع البعد بعدية زمانية فهو بعد اذا تقررتا فقبض القابض و
شراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال
وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك
ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا
وقد تقدم ان التاريخ المقدم اولى او ارخ احدهما يعني ان المدعي
للذي يده ان ارخ احدهما لان التاريخ حالة الانفراد غير معتبر كما مر
فيبقى اليد الدال على سبق الشراء كما عرفت وللذي وقت ان و

أحدهما فقط لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون
قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك المثلث بلا يد لهما بأن كان المبيع
في يد ثالث يعني إذا ذكر بينة الخارج وقتًا فذو اليد أولى إذ بذكر الوقت
لا يزول احتمال سبق ذي اليد لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه
إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه قبل شراء صاحب اليد إذ ينقض
بها اليد لأن التصريح يفوق الدلالة وعلى نكاح عطف على قوله في يد آخر
يعني إن برهن كل من الخارجين على أن هذه المرأة زوجته سقطا أي
البرهانان إن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما لتعذر القضاء بهما إذ
النكاح لا يقبل الاشتراك فهي لمن صدقته منهما لأن النكاح مما يحكم
به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقهما فيجب اعتبار قولها
أن أحدهما زوجها إلا أن تكون المرأة في بيت الآخر أو دخل بها
فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها
دليل على سبق عقده إلا أن الآخر أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى
لأن التصريح يفوق الدلالة فالحاصل أنهما إذا تنازعا في امرأة و
أقاما البينة فإن أرخا وتاريخ أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها
إلى منزله كان أقدم كان هو أولى وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما
فإن كان مع أحدهما هو أولى وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق
المرأة وإن صدقت غير ذي برهان يعني أن ما ذكر كان فيما إذا كانت
صدقت أحد المبرهنين وإن صدقت غير ذي برهان لم كما عرفت
أن النكاح يثبت بتصادق الزوجين فإن برهن الآخر قضي له لأنه
أقوى من التصادق ثم لا يقضى لغيره إذ لا شيء أقوى من البرهان
إلا إذا ثبت سبقه لأن البرهان مع التاريخ أقوى من البرهان بدونه
كما لا يقضى بحجة الخارج على ذي اليد ظاهر النكاح إلا بإثباته أي إثبات

قوله تنازعا أي المتناظرين في الدرر الأسفل

سبق نكاحه على نكاح ذي اليد الشراء والمهر أولى من هبة وصدقة مع
قبض يعني إذا ادعى أحدهما الشراء من شخص وادعى الآخر هبة من ذلك الشخص
وأقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء أولى لأنه أقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ومثبتًا للملك بنفسه بخلاف ما إذا اختلف المملك يصير كل
منهما خصمًا عن مملكه لحاجته إلى إثبات الملك فيه فهما في ذلك سواء وفيما
إذا اتحد المملك لا يحتاجان إلى إثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وإنما
يحتاجان إلى إثبات سبب الملك لا نفسه وفيه يقدم الأقوى فيما إذا
كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لأقدمهما تاريخًا لثبوت ملكه
في وقت لا ينازعه فيه أحد بخلاف ما إذا كان المملك مختلفًا حيث لا يعتبر
فيه سبق التاريخ كما سيأتي إن شاء الله تعالى وكذا الشراء والصدقة مع
القبض في جميع ما ذكر من الأحكام وأما كون المهر أولى من هبة وصدقة
مع قبض فمعناه أن رجلًا ادعى عبدًا مثلًا في يد رجل أنه وهبه له أو تصدق
عليه به وقبض وادعت امرأة أن ذا اليد تزوجها على ذلك وقبضته كان
المهر أولى لأنه كالشراء إذ كل منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه
ورهن معه أي مع قبض أولى من هبة معه استحسانًا والقياس
كون الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان
أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد
الضمان أقوى لأن بينة الرهن أكثر إثباتًا بخلاف الهبة بشرط العوض
لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن برهن خارجان
على ملك مطلق مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد غير ذي يد أي من رجل
بهذا يعني إذا برهنا على ما في يد آخر كما مر أو برهن خارج على ملك مطلق
مؤرخ وذو يد على ملك أقدم تاريخًا فالسابق أولى لأنه أثبت
أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولو برهنا على الشراء

لما أو كان معها تاريخ حيث لا يكون الشراء حينئذ أولى إذ عند اختلاف المملك در

العبد

متفق تاريخهما آخر او وقت احدهما فقط قضى لهما نصفين في القنوز
اما في الاولى فلان كلا منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق و
لا تاريخ فيه فصار كما اذا حضر البائعان فادعيا الملك بلا تاريخ فيكون
نصفين واما في الثانية فلان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك
لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا
على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له
حتى يتبين ان غيره قدمه ولم يتبين برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء
منه بان كان عبد مثلا في يد زيد فادعى بكر بانه ملكه وبرهن زيد على
الشراء منه فذو اليد اولى لان الخارج ان كان يثبت اولية الملك فذو
اليد تلقى الملك ولا تنافي فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء
منه كذا ان برهن كل من الخارج وذو اليد على النتاج ونحوه وهو
كل سبب للملك لا يتكرر فانه في معنى النتاج كالنسج في ثياب لا تنسج الا
مرة كنسج الثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن
واللبد والمرعزي وجز الصوف ونحوها وان كان سببا يتكرر ولا
يكون في معنى النتاج فيقضى به للخارج كالملك المطلق وهو مثل الخز
والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل
الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء
ببينته هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج فاذا لم يعلم يرجع
الى الاصل ولو كان النتاج عند بائعه لان كلا منهما اذا تلقى الملك من
رجل واقام البينة على سبب ملك عنده لا يتكرر فهو بمنزلة اقامتها
على ذلك السبب عند نفسه فذو اليد اولى من الخارج لان بينته
قامت على اولية ملكه فلا يثبت للخارج الا بالتلقي الا اذا ادعى
الخارج عليه فعلا قال في الذخيرة الحاصل ان بينة ذي اليد على النتاج

او على مطلق بان ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج ملكا مطلقا اذا
لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة
او الرهن والعارية او نحوهما فاما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك
فبينة الخارج اولى وانما قال في رواية لما في العمادية بعد نقل كلام الذخيرة
ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور
في الذخيرة فقال دابة في يد رجل اقام آخر بينته انها دابته آجرها من ذي اليد
او اعارها منه او رهنها اياه وذو اليد اقام بينته انها دابته نتجت عنده
فانه يقضى بها للذي اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاجارة
والاعارة والنتاج اسبق فيقضى لذي اليد هذا خلاف ما نقل عنه ولو برهن
احدهما من الخارج وذي اليد على الملك والآخر على النتاج فذو النتاج
اولى لان برهانه قام على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي منه
برهن كل من الخارج وذو اليد على الشراء من الآخر اي صاحبه بلا وقت
سقطا وترك في يده عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقضى
بالبينتين ويكون للخارج لامكان العمل بهما بان يجعل ذو اليد
كانه اشترى من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دليل الشراء كما مر ولا
يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز عنده وان كان في العقار
ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك له فصار كما اذا قامتا
على اقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا وان وقت البينتان في العقار
ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لذي اليد عندهما فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذي اليد وهو جائز
في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج اذ لا يصح عنده بيع
قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا قبضا قضى لذي اليد بالاجماع
لكون البيعين جائزين على القولين وان وقت ذو اليد اسبق قضى

للخارج فيجعل كانه اشتراه وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر
ولم يترجح بكثرة الشهود والا عدلية يعني اذا اقام احد المدعيين شاهدين
والآخر اربعة مثلا او واحدهما عدلين والآخر عدلين فيهما سواء آه لما
الآخر فلان الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس آخر
وكذا الحديث واما الثاني فلان المعتبر في الشاهد اصل العدالة ولا حد
للاعدلية فلا يقع الترجيح بها ادعى احد الخارجين نصف دار ه
والآخر كلها يعني اذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما كلها
والآخر نصفها وبرهنا فالربع للاول والباقي وهو ثلثة الارباع للثاني
عند ابي حنيفة رح فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم
له وصارت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وعندهما
هي بينهما اثلاثا وان كانت اي الدار معهما اي في ايديهما فهي للثاني
وهي مدعي الكل لانه اذا برهن كان نصفها له على وجه القضاء وهو الذي
كان بيد صاحبه اذ اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج
اولى فيقضى له بذلك ونصفها له لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان
صاحبه لم يدعيه ولا قضاء بلا دعوى فيترك في يده برهنا على نتاج دابة
اي تنازعا في دابة واقام كل منهما البينة انها نتجت عنده او عند
بايعه مطلقا اي سواء كانت في يديهما او في يد احدهما او في يد ثالث
لان المعنى لا يختلف ذكره الزيلعي وارخا قضى لمن وافق سنها وقته
بشهادة الظاهر وان اشكل اي سن الدابة بان لم يوافق التاريخين
فلهما اي قضى لهما بها لان احدهما ليس باولى من الآخر ان لم يكن في
يد احدهما فقط بان كانا خارجين والدابة في يد ثالث او في يديهما
والا اي وان كانت في يد احدهما فله اي قضى بها للذي اليد له لان الامر
لما اشكل سقط التاريخان فصار كانهما لم يورخا ذكره الزيلعي

٤٧٤

وان خالف اي سنها الوقت بطلت البينتان لظهور كذب الفريقين فيترك في يد من كانت
في يده كذا في الهداية والكافي قال الزيلعي الاصح انهما لا تبطلان بل يقضى لهما
بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى
بها للذي اليد له لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في سقوط
اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج
من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فهي
بينهما كما اذا اشكل في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد
والقدوري ذكره الحاكم رح وهو قول بعض المشايخ وليس بشيء ولهذا قلت
كانت لمن كان في يدها يقضى بها لو كان المدعيان خارجين او ذوي يد
ولو في يد احدهما كانت له لما ذكر برهن احدهما على غصب شيء والآخر على
ايداعه نصف اي اذا كان عين في يد رجلين فبرهن احدهما على الغصب
والآخر على الوديعة يقضى بها بينهما نصفين لان الوديعة تصير غصبا
بالجحود حتى تجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف
ما اذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد الى الوفاق كما تقرر في موضعه ادعى
الملك في الحال وشهد الشهود ان هذا ملكه يقبل يعني اذا ادعى الملك في
الحال وشهد الشهود ان هذا العين كان ملكه تقبل لان شهادتهم تثبت
الملك في الحال الماضي وما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل كذا
في العمادية نقلا عن المحيط الراكب اللابس اولى من آخذ اللجام والكم
اي اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها او تنازعا
في ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى من
المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر لاختصاصه فكان صاحب
يد والمتعلق خارج وذو اليد اولى واما اذا اقاما البينة فبينة الخارج
اولى لما مر وفي الشرح اولى من رديفه لان تمكنه من ذلك الموضع ليدل

قوله يقضى بها الا انه يجب عليك فضول بينه
العبارة ثم الا فادة والصواب يقضى بها بينهما
كما وقع في عبارة الزيلعي عزمي زاده
اي اذكره بعض المشايخ
قوله برهن احدهما على غصب شيء الخ
قال في الهداية وان كان العين في يد رجل فاقام رجلان كل واحد منهما البينة على غصب
احدهما البينة انه غصبها منه واقام الآخر البينة انه اودعها اياه فهي بينهما لان الايداع
والآخر وديعة فيقف فصاحب الدرر في
تصوير سبب الاستحقاق فقال اذا كان عين في يد رجلين آه
قال غصبه من زيد وقال الآخر اودعني زيد فبين
على تلك الشهود عزمي زاده

على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما
في التصرف ولو تعلق احدهما بذنبها والآخر متمسك بلجامها كان للمتمسك
اذ لا يتمسك باللجام غالبا الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب
حملها اولى من معلق كوزه اي اذا تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما
وللآخر كوز فالاول اولى لانه اكثر تصرفا وتنصيف البساط بين جالسه
والمتعلق به بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس
عليه بل اليد يكون بكونه في بيته او نقله من موضعه بخلاف الركوب
واللبس حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا
بالقعود عليه لكن معه اي في يده ثوب وطرفه مع الآخر حيث ينصف
بينهما لان يد كل منهما ثابت فيه وان كان بيد احدهما في الاكثر ولا يرجح به
لما قرر ان الترجيح لا يكون بالاكثرية لا هدبته اي لا يكون هدبته
مع الآخر لو كانت معه لا يوجب التنصيف لانها ليست بثوب
لانها غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر بخلاف حائط
تنازعا فيه حيث لا يقضى بها بينهما لا بطريق الترك ولا يعتبر لان
الجلوس على الملك الحائط لمن جذوعه عليه ومتصل باتصال تربيع فان الاتصال
نوعان احدهما اتصال ملازقة ومجاورة بان يلازق احد الطرفين بالآخر
والثاني اتصال تربيع وهو ان يكون لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة
في انصاف لبنات الحائط الذي لا نزاع فيه وان كان الحائط من خشب
فالتربيع ان يكون اطراف خشبات احدهما مركبة في الآخر وهذا هو المراد
ههنا لانه شاهد ظاهر لصاحبه لان الظاهر انه هو الذي بناه مع حائط
ذي مداخلة انصاف اللبنات واطراف الخشبات لا يتصور الا عند بنائه
الحائط معا فكان اولى وكذا اذا كان لاحد المتنازعين جذوع على الحائط
ههنا كان له لان صاحب الجذوع مستعمل للحائط بما وضعه على الحائط و

وضع الجذوع عليه لا لمن عليه هرادي وهي خشبات توضع على الجذوع ويلقى
عليها التراب فانها غير معتبرة وكذا البواري لانه لم يكن استعمالا له وضعا
اذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادي والبواري
بل بين الجارين لو تنازعا يعني اذا تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولا يختص بها صاحب الهرادي وذو بيت من دار
كذي بيوت منها في حق ساحتها يعني اذا كان بيت من دار فيها بيوت كثيرة
في يد زيد والبيوت الباقية في يد بكر فهي اي الساحة تكون بينهما حال كونهما
نصفين لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها والتوضؤ وكسر الحطب ووضع
الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف الشرب اذا تنازعا فيه
فانه يقدر الارض اي يقسم بينهما بقدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه
لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه برهنا اي خارجاه
على يد في ارض اي على ان لكل منهما يدا قضى فيها بيدهما لان اليد فيها غير مشاهد
لتعذر احضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي ولو برهن عليه
احدهما او كان تصرف فيها بان لبن فيها او بنى او حفر قضي بيده اما الاول
فلقيام الحجة فان اليد حق مقصود واما الثاني فلوجود التصرف والاستعمال
فيها صبي يعبر اي يتكلم ويعلم ما يقول قال انا حر فالقول له لانه اذا كان
يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره
الا ببينة كالبالغ فان قال انا عبد فلان وهو غير ذي اليد قضي لمن معه يعني
ذو اليد لانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده
كالقماش فان قيل الاقرار بالرق ضار فكان الواجب ان لا يعتبر في حق الصبي
قلنا الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض لدعوى
الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه فلو
كبر وادعى الحرية تسمع اي ادعاؤه بالبينة لان التناقض في دعوى الحرية

لا ينبغي صحة الدعوى كما سياتي تحقيقه ان شاء الله تعالى باب

دعوى النسب اعلم ان الدعوة نوعان احدهما دعوة الاستيلاد
وهو ان يكون العلوق في ملك المدعي والثاني دعوة التحرير وهو ان لا
يكون العلوق في ملك المدعي والاول اولى لانه اسبق لاستناده الى
وقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال وسياتي تحقيقه ان شاء الله تعالى

باع امة فولدت لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه ثبت نسبه
وامية ولدها وفسخ البيع وان ادعى فيه الولد بشبهة لانه باعه اقراره منه انها امة فبالدعوة
بالولادة بالاقل فاته كالبينة العادلة في اثبات النسب منه اذ الظاهر عدم
الزنى منها وان النسب على الخفا فقد يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر
انه منه فكان عذرا له في اسقاط اعتبار التناقض واذا صحت الدعوة
استندت الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده فيفسخ البيع
لعدم جواز بيع ام الولد ويرد الثمن لان سلامة الثمن مبنية على سلامة
المبيع بخلاف دعوة اب البايع لعدم انعقاد العلوق على ملكه
وان كان له حق التملك على ولده وقد زال ذلك بالبيع وان ادعاه
المشتري قبله ثبت اى نسبه منه ويحمل على انه نكحها واستولدها ثم اشتراها
ولو ادعاه معه اى مع البايع او بعده لا اى لا يثبت نسب المشتري
لان دعوة البايع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه
ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه و
الاولى اقوى لما مر كذا اى يثبت النسب عن البايع ان مات الام
فادعاه البايع وقد ولدت للاقل ويأخذه ويرد المشتري كل
الثمن لان الولد هو الاصل في النسب لانها تستفيد الحرية منه وله حقيقة
الحرية والحقيقة اقوى من الحق فيستتبع الادنى ولا يضره فوات
التبع مخصوص بخلاف الولد فانه اذا مات دون الام فادعاه البايع

يصير منافضا ولنا ان مبنى النسب على الخفا فيعفي فيه التناقض كما سيذكر فيقبل دعوته اذ ايتقن بالعلوق في ملكه ،،

الا يرى ان قوله عليه السلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية ،،،،،

وقد ولدت للاقل لم يثبت نسبه لاستغنائه بالموت عن النسب ولم تصر
ام ولده لان الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت لكان اصل النسب وهو
باطل بخلاف بيعه فانه اذا باع عبدا ولد عنده ثم باعه المشتري من آخر
ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه فهو ابنه وبطل البيعان لان اتصال
العلوق بملكه كالبينة العادلة والبيع يحتمل النقض وماله من حق
الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله واعتاقهما اى اعتاق المشتري
الام والولد كموتهما حتى لو اعتق الام لا الولد فادعى البايع الولد انه
ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد لا الام لم تصح
دعوته لا في حق الولد ولا في حق الام اما الاول فلانها ما صحت بطل
اعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان واما الثاني فلانها تبع
له فاذا لم يصح في حق الاصل لم يصح في حق التبع ضرورة والتدبير كالاعتاق
لانه ايضا لا يحتمل النقض لثبوت بعض آثار الحرية كامتناع التمليك
للغير وفيما اذا اعتق المشتري الام او دبرها يرد البايع على المشتري حصته
من الثمن وعنده يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت كذا ذكر في
الهداية وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق
وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضي كذب البايع فيما
زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب
في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها ايضا كذا في الكافي ولو
ولدت لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعواه البايع اذ
لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة وصدقه
اى صدق المشتري البايع ثبت النسب اذ عدم ثبوته لرعاية حقه
واذا صدقه زال ذلك المنع ولم يبطل بيعه للجزم بان العلوق ليس في ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه لانه دعوة تحرير وغير المالك

ليس من اهله وكانت ام ولد هنا حكما هي امة ولدت من زوجها فملكها
وامة ملكها زوجها فولدت فادعى الولد ولو ولدت فيما بين الاقل و
الاكثر وصدقه اي المشتري كان الحكم كالاول اي يثبت نسبه وامية امها
ويفسخ البيع ويرد الثمن ثم لما بين حكم ولد امة ولدت بعدما باعها ثم ادعاه
اراد ان يبين حكم ولد ولد عنده بقوله باع المولود عنده فادعاه بعد بيع
مشتريه ثبت نسبه منه ورد بيعه لان اتصال العلوق بملكه كالبينة كما
مر والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله
كذا لو كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او آجرها
ثم زوجها ثم ادعاه حيث يثبت النسب ويرد هذه التصرفات بخلاف
الاعتاق على ما مر باع احد التوأمين وهما ولدان بين ولادتهما اقل من
ستة اشهر والعلوق على العلوق متعذر لانها اذا حبلت ينسد
فم الرحم واذا كان كذلك فاذا ادعى نسب احدهما ثبت نسبهما منه لانهما لا
ينفصلان نسبا فثبوت نسب احدهما يستلزم ثبوت نسب الآخر علوقهما وا
عنده واعتقه مشتريه ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما منه وبطل
المشتري لان الذي عنده ظهر انه حر الاصل فانتقض كون الآخر ايضا كذلك
لاستحالة كون احدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد
فكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهو حرية الاصل قال لصبي هذا الولد
مني ثم قال ليس مني ثم قال هو مني يصح اذ بالاقرار بانه منه تعلق حق المقر
والمقر له اما حق المقر له فيثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من
ماء الزنى فاذا قال ليس هذا الولد مني ثم قال هو مني لا يصح النفي لان
النسب يثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي وهذا اذا صدقه الابن اما الغ
التصديق فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزء الاصل لكن
اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد مني ثم

فيكونان من ماء واحد اذ لا يتصور علوق الثاني عادة اذ لا تحبل اقل من ستة اشهر

تباع احدهما

فانه

لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد مني

قال

فيما فائدة النسب لا يحتمل النقض

قال ليس مني لا يصح لثبوت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن
فيثبت النسب حتى لو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انه ابنه تقبل
بينته والاقرار بانه ابن مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه
اخوه لا يقبل لانه اقرار على الغير كذا في العمادية قال لصبي هو ابن زيد
ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان وصلية جحد زيد بنوته وهذا عند ابي حنيفة
وقالا اذا جحد زيد بنوته فهو ابن للمولى واذا صدقه زيد او لم يدر تصديقه
ولا تكذيبه لم يصح دعوة المقر عندهم لهما ان الاقرار قد ارتد برد زيد فصار
كان لم يكن والاقرار بالنسب من حيث انه لم يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار لا يرتد
بالرد اذ تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه
وايضا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له قال لصبي كان في يد مسلم
وكافر مسلم هو ابني كافر هو ابني كان ابنا وحرا ان ادعيا معا لانه يكون حرا حالا و
مسلما مآلا لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفي العكس يثبت الاسلام تبعا و
لا يحصل الحرية مع عجزه عن تحصيلها وان سبق دعوى المسلم كان عبدا له
كذا في النهاية وان ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم لاستوائهما في دعوى
البنوة ويرجح المسلم بالاسلام وهو اولى بالصبي لحصول الاسلام له
حالا تبعا لابيه قال زوج امرأة هو ابني من غيرها وقالت هو ابني
من غيره فهو ابنهما لو كان غير معبر والا اي وان كان معبرا فهو لمن صدقه
لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما
ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الآخر لاستوائهما
ليدهما فيه وقيام يدهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه
منهما ادعت ذات زوج بنوة صبي لم يجز حتى تشهد امرأة على الولادة
لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا يصدق الا بحجة بخلاف
ادعاء الرجل فانه فيه تحميل النسب على نفسه ثم شهادة القابلة حجة فيها

قوله فهو ابن للمولى كذا في النسخ والصواب
للمقر وعبارة صدر الشريعة للذي الصبي في يده
ومثله غلط صاحب الاصلاح وعبارة الكافي
في مسئلة الهداية وهي ما اذا كان صبي
في يد رجل فقال الذي في يده هو ابن عبدي
فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه
في انتفاء عن كونه ابن المقر عندهم يعني
بمثله

قوله لم يصح دعوة المقر صورة
الخلافية انما هي في جحوده اما في غيبته فلا يصح
جحود زيد اتفاقا فهم وان لم
دعوة المقر اي بعد ثبوته
يحتمل النقض او لو قال حر ابني
كان ابنا وحرا كما قال صاحب الكافي
النصراني عزمي زاده

كان اظهر

لصبي معهما

لان الحجة الى تعيين الولد اذ النسب يثبت بالفراش القائم وان كانت معتدة
لزم حجة تامة عند ابي حنيفة رح وهي رجلان او رجل وامرأتان الا اذا كان
هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة
واحدة وقد مر في الطلاق ولولا النكاح والعدة كان ابنها اي ابن من لم تكن
ذات زوج ولا معتدة يثبت النسب منها بقولها لانه فيه الزاما
على نفسها كما في الرجل ولدت امة تزوجها اي رجل على انها حرة او زوجها
اوانه منها او لحقت بعني من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او
نكاح فولدت ثم استحقت لو الده عزم الاب قيمة الولد باجماع الصحابة
رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب
فيجعل الولد حرا اصلا في حق ابيه ورقيقا في حق مدعيه نظرا لهما
ثم الولد حاصل في يده بلا تعد منه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد
المغصوبة قلنا يعتبر قيمته يوم تخاصم لانه يوم المنع وهو حر لانه
خلق من ماء الحر ولم يرض الولد برقيته كما رضي في الامة المنكوحة
وان مات فلا شيء على ابيه لانعدام المنع وورثه اي يكون الاب وارثا لانه
حر الاصل في حق ابيه فما ترك يكون ميراثا لابيه وان قتله ابوه
او قتله غيره واخذ اي ابوه ديته غرم اي غرم ابوه قيمته في
الصورتين اما في الاولى فلتحقق المنع من الاب بقتله واما الثانية
فلسلامة الولد له اذ الدية بدل المحل شرعا فصار الولد سالما
بسلامتها فيغرم قيمته للمستحق كما لو كان حيا ورجع بها اي بقيمته
التي ضمنها كثمنها اي كما رجع بثمن الجارية على بايعه اي بايع الولد
بيع لامة لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبايع يضمن للمشتري
سلامة المبيع بجميع اجزائه لان الغرور يشملهما لا بالعقد اي لا
يرجع به عليه لانه لزم باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء

البيع

٤٧٨

البيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته فصل الاشتراء والاتهاب
والاستيداع والاستيجار اي طلب شراء شيء من غيره وطلب هبته منه
وطلب ايداعه عنده وطلب اجارته له يمنع دعوى الملك للطالب لان
كلا منها اقرار بان ذلك الشيء ملك لذي اليد فيكون الطلب بعده تناقضا
والاستنكاح في الامة اي يمنع دعوى الملك وفي الحرة يمنع دعوى النكاح
كذا في مجمع الفتاوى ادعى على آخر مالا فقال الخصم للمدعي عليه وجه الدفع
ابرأتني عن دعواه وبرهن فادعى ثانيا انه اي المدعى عليه اقر بعد
الابراء فلو كان قال اي الخصم ابرأتني وقبلته او قال صدقته في ذلك
لم يصح دعوى الدفع يعني دعوى الاقرار وان لم يكن قال قبلت الابراء
صح لانه بعد القبول لا يرتد بالرد بخلاف ما اذا قال قبلت الابراء
لانه بعد القبول لا يرتد بالرد كذا في الفتاوى الظهيرية ادعى رجل على الآخر
مالا فقال اي الآخر ما كان لك علي شيء قط معناه نفي الوجوب عليه في الماضي
على سبيل الاستغراق فبرهن اي المدعي على الف وبرهن المنكر على
القضاء او الابراء قبل هذا اي صار برهان المنكر مقبولا وقال زفر رح
لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان مناقضا في دعواه
ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة
الا ان يزيد اي المدعى عليه بان يقول لا اعرفك او ما اشبهه كقوله ما
رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة فلا يقبل برهانه على القضاء ولا الابراء
لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء
واقتضاء ومعاملة بلا اختلاط ومعرفة وقيل يقبل ايضا نقل
القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد
يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه
فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى

مطلب الاستنكاح يمنع دعوى النكاح

لانه اذا لم يقبل في المجلس جاز ان يكون المال عليه لرده الابراء لانه بالرد يرتد

الاعلى نفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل
باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة كذا في العناية وقال في القنية
المدعى عليه قال للمدعي لا اعرفك فلما اثبت الحق بالبينة ادعى الايصال
لا يسمع ولو ادعى اقرار المدعى عليه بالوصول او الايصال يسمع قال احد
الورثة لا دعوى لي في التركة لا يبطل دعواه لان ما ثبت شرعا من حق لازم لا يسقط
بالاسقاط كما لو قال لست انا ابنا لابي اقول لست انا وارثا فلان ثم انه
ادعى ارثه وبين الجهة صح لما سياتي ان التناقض في موضع الخفاء
لا يمنع صحة الدعوى قال ذو اليد ليس هذا لي ونحوه اي ليس ملكي او لا حق
لي فيه ونحو ذلك ولا منازع ثمة ثم ادعاه فقال ذو اليد هو لي صح و
القول قوله لان هذا القول لم يثبت حقا لاحد لان الاقرار للمجهول
باطل والتناقض انما يبطل اذا تضمن ابطال حق على احد ولو كان
ثمة منازع كان اقرارا في رواية وهي رواية الجامع الصغير وفي اخرى لا
وهي رواية دعوى الاصل لكن قالوا القاضي يسأل ذا اليد اهو ملك المدعي
فان اقر به امره بالتسليم اليه وان انكر امر المدعي باقامة البينة عليه ولو قال
اي قال ليس هذا لي ونحوه الخارج لا يدعي ذلك الشيء بعده للتناقض
وانما لم يمنع ذا اليد على ما مر لقيام اليد كذا في العمادية ادعى زيد مالا
ولم يثبت فادعاه على آخر لم يسمع كذا في القنية اقرار ماله لغيره
كما يمنع دعواه لنفسه يمنعها اي دعواه لغيره بوكالة او وصاية يعني
اذا اقر رجل بمال انه لفلان ثم ادعاه لنفسه لم يصح وكذا اذا ادعاه
بوكالة انه لموكله او وصاية انه لورثة موصيه لان فيه تناقضا لان
المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة بخلاف ابرائه عن
جميع الدعاوي بوكالة ووصاية حيث يصح لعدم التناقض لان
ابراءه الرجل عن جميع الدعاوي المتعلقة به اي بماله لا يقتضي عدم صحة دعوى

ثم الدعوى بهما

مال غيره على ذلك الرجل ادعى دارا لنفسه ثم ادعى انها وقف عليه لم يسمع دعواها
لا اي لنفسه فدعواها لغيره ولو عكس اي ادعى انها وقف لفلان ثم ادعى
لنفسه لم تجز في رواية وهي رواية قاضي خان وجاز في رواية اخرى انه وقف
وهي رواية الذخيرة حيث قال فيها من ادعى لغيره بالوكالة او الوصاية ثم
ادعى لنفسه لا يقبل الا ان يوفق فيقول كان لفلان ثم اني اشتريته منه و
اقام البينة على ذلك فحينئذ تقبل ادعى العصوبة وبرهن الخصم ان النسب
بخلافه ان قضي بالاول لم يقض به والا تساقطا للتعارض وعدم الاولوية
برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط او
على اقرار الميت به اي بانه ابن عمه لامه فقط كان دفعا قبل القضاء
بالاول لا بعده لتاكده بالقضاء بخلاف الاقرار ادعى ميراثا بالعصوبة
فدفعه ان يدعي خصمه قبل الحكم اقراره مفهومه يدعي انه من ذوي الارحام
اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقضا قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني صح
اذ باقراره بانه منه تعلق حق المولود اذ يثبت نسبه من رجل معين
حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنى فاذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك
ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح اقول قد وقعت
العبارة في الاشباه وشرحه والعمادية هكذا قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو
مني صح اذ باقراره منه بانه مني الى آخره الظاهر انه سهو من الكاتب الاول
يدل على التعليل الذي ذكره لانه يقتضي ان يكون ههنا ثلاث عبارات
يفيد الاولى اثبات البنوة والثانية نفيها والثالثة العود الى الاثبات
والمذكور فيهما العبارتان فقط ولو عكس اي قال هذا الولد مني ثم قال
ليس مني لا اي لا يصح النفي لان النسب ثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي
برهن على قول المدعي انا مبطل بالدعوى او شهودي كذبة او ليس لي
عليه شيء صح الدفع ولو برهن على قوله بدون كونها له اي لا يقبح كذا في

ومبين النسب

هذا الولد ليس مني ثم قال

لانه لا يلزم منه كذب الشهود بان يبرئه الخصم المدعى عليه جاء بخط البراءة يعني
اذا ادعى رجل على آخر قدرا من المال فاقر به المدعى عليه ثم قال ابرأت
ذمتي عنه واظهر كتاب الابراء فقال المدعي نعم كنت ابرأت ذمتك لكن
كنت صبيا وقت الابراء فالقول له والبينة على خصمه لانه اسنده
الى حالة منافية للضمان فالخصم اذا اثبت كلامه في ذلك الوقت اندفع
(بلوغه)
كلامه ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم انها حية وانها في
بلد كذا لا يقبل الآن لحجة بها حية كذا في الذخيرة ادعى الاخوة ولم يذكر
اسم الجد صح بخلاف دعوى كونه ابن عم حيث يشترط فيها ذكر اسم
الجد كذا في الفصول العمادية التناقض في موضع الخفاء لا يمنع صحة
الدعوى وقيل يمنع ولهذا الاصل فروع كثيرة ذكر بعضها سابقا وسنذكر بعضها
ونذكر هنا واحدا فقال فان ادعى الوصية وانكرها الوارث فاقام اي الموصى
له بينة فادعى الوارث الرجوع تقبل وهو الصحيح لان هذا تناقض في طريقه
خفاء اذ لعل الموصي قد اوصى ولم يعلم به الوارث محمد بناء على ذلك وقيل
(ورجع الموصي ولم يعلم به الوارث)
لا اي لا يقبل لظاهر التناقض وايضا اذا ادعى على الآخر ان هذه الدار
ملكي لان ابي كان اشتراها لاجلي في صغري وهي ملكي واقام البينة تسمع
(استاجر دارا من رجل ثم)
ولا يكون هذا التناقض مانعا لصحة الدعوى لما فيه من الخفاء لان الاب
يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك وهذا كما لو
اقامت المرأة بينة على الطلاق ثلاثا بعدما اختلعت نفسها بمالها
ان تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال زوجها
في ايقاع الطلاق عليها من غير علمها ولها نظائر ذكر في العمادية
تذنيب الكفيل ينتصب خصما عن الاصيل بلا عكس اي
الاصيل لا ينتصب خصما عن الكفيل لان القضاء
على الكفيل قضاء على الاصيل ليس قضاء عليه صورة كان اجل

(والقضا على الاصيل)

على

على آخر الف وله كفيل بامر المطلوب فلقي الطالب الاصيل قبل ان يلقى الكفيل
واقام عليه بينة ان لي عليك كذا وفلان كفيل به بامرك فانه يقضي على الاصيل
بالف درهم ولا يكون قضاء على الكفيل حتى لو لقي الكفيل ليس له ان يأخذ منه
شيئا بلا اعادة البينة عليه ولو لقي الكفيل اولا وادعى ان لي على فلان
الفا وانت كفيل لي بها عنه بامره واقام البينة يثبت المال عليه و
على الغائب وينتصب الكفيل خصما عن الاصيل اذا اشترى الدارين
بيتين يكون لا بجهة الارث فاحدهما لا ينتصب خصما عن الآخر عند
ابي حنيفة بخلاف ما اذا اشتركا بما يعني اذا اشترك بينهما بجهة الارث
فاحدهما ينتصب خصما عن الآخر وعند ابي يوسف ينتصب خصما
على كل حال قال محمد ما قال ابو حنيفة قياس وما قال ابو يوسف استحسان
ومحمد اخذ بالاستحسان كابي يوسف ثم على قولهما اذا حضر الغائب
(كذا في المنتقى)
وصدق الحاضر فيما ادعى كان بالخيار ان شاء شارك المدعي فيما
قبض ثم يتبعان المط ويأخذ نصيبه كذا في العمادية
(وان شاء تبع المطلوب)

كتاب الاقرار

اورده بعد الدعوى
لان الدعوى تنقطع ولا تحتاج بعده الى شيء آخر حتى اذا لم يوجد يحتاج
الى الشهادة ولهذا عقبه بها هو مشتق من القرار وهو لغة اثبات
ما كان متزلزلا وشرعا اخبار بحق لآخر عليه لا اثبات له عليه كما سيأتي
وشرطه سنذكره في اثناء الكلام ان شاء الله تعالى وحكمه ظهور المقر به بلا
٢ تصديق وقبول من المقر له فانه ملزم على المقر بما اقر لو توقف الآخر على الجبر
لان مدلوله الصدق والكذب احتمال عقلي كما تقرر في موضعه الا
في نسب الولد يعني اذا اقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب صح اقراره و
كذا اذا اقر هو وامرأة بالوالدين والولد صح ونحوه وهو ان يقر رجل
وامرأة بالزوج او المولى حيث صح وشرط تصديق هؤلاء وسيأتي تمام

بيانه ان شاء الله تعالى ولكن يرتد اى الاقرار برده اى برد المقر له الا بعد
اى بعد تصديقه فانه لا يرتد لانه ثبوته ابتداء عطف على قوله ظهور
المقر به اى لا ثبوت المقر به للمقر له لانه نيابة قبل ملك المقر الى المقر له اقول
سره ان الاقرار اخبار يحتمل الصدق والكذب فيحتمل تخلف مدلوله
الوضعي عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى
بلفظ يقارنه فى الوجود فيمتنع فيه التخلف وقد فرع على كون حكم
الاقرار ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء اولا بقوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم
حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح وثانيا بقوله
لا الاقرار بطلاق وعتاق مكرها لقيام دليل الكذب وهو الاكراه
ولو كان حكمه ثبوت المقر به بان كان انشاء يصح لان انشائهما
مع الاكراه يصح عندنا وثالثا بقوله ولو ادعاه اى الاقرار ابتداء
بان يقول انك اقررت لى بكذا فادفعه الى او اجعله اى الاقرار لم يسمع
بان يقول ان لى عليك كذا لانك اقررت لى به سببا عند عامة المشايخ
لان نفس الاقرار ليس ناقلا للملك كما عرفت بخلاف دعواه اى
الاقرار فى الدفع فانهم اختلفوا انه هل يصح دعوى الاقرار فى طرف
الدفع حتى لو اقام المدعى عليه بينة ان المدعى اقر انه لا حق له على
المدعى عليه واقام بينة ان المدعى اقر ان هذا العين ملك هذا المدعى عليه
هل يقبل قال بعضهم لا يقبل وعامتهم هنا على انه يقبل واجمعوا على
انه لو قال هذا العين ملكى او صاحب اليد او قال لى عليه كذا وهكذا
اقر به هذا المدعى عليه يصح الدعوى وتسمع البينة على اقراره لانه لم
يجعل الاقرار سببا للوجوب فى هذه الصورة لو انكر هل يحلف على
عدم اقراره فيه خلاف بين محمد وابى يوسف فقيل يحلف لانه لو نكل
يثبت الاقرار والفتوى على انه لا يحلف على الاقرار وانما يحلف على

كذا

كذا فى العمادية ورابعا بقوله ولو كذب المقر اى فى اقراره بالمال لم يحل اى للمقر له
اخذ المال الا بطيب نفس اى نفس المقر ولو كان حكمه الثبوت يحل اخذه وهو
اى الاقرار حجة قاصرة لان النبى صلى الله عليه وسلم قد رجم ماعزا باقراره على نفسه — اما حجيته
بالزنى والعامدية باقرارها فلما جعل الاقرار حجة فى الحدود التى تندرئ بالشبهات
فلان يكون حجة فى غيرها اولى وعليه انعقد اجماع الامة واما قصوره
فلقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه بخلاف البينة فانها تصير
حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فلا يتعدى الى الكل اما الاقرار فلا
يفتقر الى القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول
النسب بانه رق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده و
امهاته ومدبريه ومكاتبيه اذ ثبت حق الحرية واستحقاقها لهؤلاء
فلا يصدق عليهم اقر مكلف اى عاقل بالغ حر او عبد ماذون له معلوم
متعلق باقر صح اى اقرار كل من الحر والعبد الماذون اما الاول فظاهر
واما الثانى فلانه ملحق بالحر فى حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد
رضى بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته مطلقا اى
سواء كان تصرفا لا يشترط لصحته وتوقف على اعلام ما صادفه ذلك
التصرف اولا كما سيأتى وشرط التكليف لان الصبى والمجنون لا يتعلق
باقرارهما حكم ولو اقر بمجهول صح ايضا لان الحق قد يلزمه مجهولا
بان اتلف مالا ولا يدرى قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها لو كان
ذلك التصرف تصرفا لا يشترط لصحته وتحقق اعلام ما صادفه ذلك
التصرف كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من
غصب عن رجل مالا مجهولا فى كيس صح الغصب والوديعة وثبت — او اودعه مالا فى كيس
حكمهما بخلاف ما اشترطه ذلك فان كل تصرف يشترط لصحته وتحقق
اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح كالبيع

والاجارة فان من اقرّ انّه باع من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا شيئا لا يصحّ اقراره

ولا يجبر المقرّ على تسليم شئ واذا فرّ اى المقرّ بقبل الغصب والوديعة بيان ما جهل بما له قيمة

يعنى اذا قال لفلان علىّ شئ او حق لزمه ان يبيّنه بما له قيمة لانّه اخبر عن الوجوب

فى ذمّته وما لا قيمة له لا يجب فى الذمّة فاذا بيّن بغير ذلك كان رجوعا فلا يصحّ

وصدّق المقرّ بيمينه ان ادّعى خصمه اكثر منه ولم يبرهن يعنى انّ المقرّ اذا بيّن

المجهول بما له قيمة وادّعى المقرّ له اكثر منه فان برهن عليه حكم به والا صدّق

المقرّ بيمينه على عدم الزيادة عليه ولم يصحّ اى الاقرار للمجهول اذا فحشت

جهالته بان يقول هذا العبد لواحد من الناس لانّ المجهول لا يكون مستحقا

وان لم تفحش بان اقرّ بانّه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانّه لا يصحّ

عند شمس الائمّة السرخسى لانّه اقرّ للمجهول وانّه لا يفيد وقيل يصحّ وهو

الاصحّ لانّه يفيد وصول الحق الى المستحق لانّهما اذا اتّفقا على اخذه

فلهما حق الاخذ ويقال لم يبيّن المجهول لانّ الاجمال من جهته وبيان

المجمل على المجمل وصار كما لو اعتق احد عبديه ولكن لم يبيّن لم يجبره القاضى

على البيان لا يصال الحق على المستحق كذا فى الكافى كذا التشاتى الى عبد

ماذون له فى قوله او مكلّف حرّ او عبد ماذون له محجور اقرّ بما لا تهمة فيه

لحدّ وقود يعنى ان اقراره به صحيح لانّ اقراره عهد موجب تعلّق برقبته

وهى مال المولى فلا يصدّق عليه للتهمة وقصور الحجّة بخلاف الماذون

لانّه مسلّط على الاقرار من جهة المولى لانّ الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها

وهو دين التجارة بخلاف الحدّ والقود لانّه مبقى على اصل الحرّية فيهما

لانّهما من خواصّ الآدميّة ولهذا لا يصحّ اقرار المولى عليه بالحدّ والقود

فيؤاخذ به الآن ولا يؤخّر الى العتق وكذا المحجور اقرّ بما فيه تهمة كالمال نظرا

الى اصل الآدميّة فيؤخّر الى عتقه رعاية لحق المولى ولزم فى علىّ مال درهم

يعنى لا يصدّق فى اقلّ منه لانّه لا يعدّ مالا عادة وفى مال عظيم نصاب مال الزكوة

و

قوله ويقال له بيّن المجهول لانّ الاجمال آه لا يذهب عليك ان من نظر فى الهداية وشروحها وسائر المعتبرات يظهر له ان هذا الكلام مربوط بالتعبير بمسئلة صحّة الاقرار مع جهالة المقرّ به لا بمسئلة عدم صحّة الاقرار مع الجهالة فى المقرّ له ... المقرّ له ... لفظ الكافى ... على ذلك كان قوله فى اثناء تلك المسئلة ... قبل سطرين لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدة الجبر على البيان ... يجبر على البيان لانه انما يكون ذلك لصاحب الحق وهو مجهول ... فانه صاحب الكافى ... بالكلية ... المرتبة وكان الواجب على صاحب ... التردد ان يذكر هذا الكلام ...

وقدر النصاب لنصاب قيمة فى غيره اى غير مال الزكوة يعنى لا يصدّق فى اقلّ

من مائتى درهم فى الفضّة واقلّ من عشرين مثقالا فى الذهب فى اقلّ

من خمس وعشرين فى الابل ولا فى اقلّ من قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكوة

لانّ النصاب عظيم حتّى صار به صاحبه غنيّا ولزم فى على اموال عظام

ثلثة نصب من جنس ما سمّاه اعتبارا لادنى الجمع حتّى لو قال من الدراهم كان

ستّمائة درهم وفى دراهم ثلثة اعتبارا لادنى الجمع وفى دراهم كثيرة عشرة

اى لا يصدّق فى اقلّ منها عند ابى حنيفة لانّها اقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع

وفى كذا درهما لزم درهم لانّه تفسير للمبهم كذا فى الهداية وقال فى الكافى

لو قال علىّ كذا دينارا عليه دينار لانّ كذا كناية عن العدد واقلّ العدد

اثنان وفى كذا كذا درهما لزم احد عشر درهما اى لم يصدّق فى اقلّ منه

لانّ كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقرّ بعددين مجهولين ليس بينهما

حرف العطف واقلّ عددين كذا من المفسّر احد عشر وفى كذا وكذا لزم احد

وعشرون درهما اى لم يصدّق فى اقلّ منه لانّه ذكر عددين مبهمين بينهما

حرف العطف واقلّ ذلك من المفسّر احد وعشرون ووجوب الاقلّ

فى الفصلين لتيقّنه والاصل فى الذمّة البراءة ولو ثلّث اى قوله

كذا بلا واو بان يقول كذا كذا كذا درهما فاحد عشر حملا للواحد منها

على التكرار اذ لم يجمع بين ثلاثة اعداد بلا عاطف فلا بدّ من حمل

الواحد على التكرار ثم حمل الاثنان على اقلّ عدد يحتاج التعبير عنه

بذكر عددين بلا عاطف وهو احد عشر ومعها اى لو ثلّث لفظ

كذا مع الواو او ربع اى قوله كذا مع تثليث الواو بان يقول كذا وكذا

وكذا وكذا زيد الف على العدد الذى قبله فيلزم الف ومائة واحد

وعشرون لانّه نظيره على قبل اقرار بالدين لانّ على للايجاب والالزام

وقبلى ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اى ضمن

مثل كذا وكذا وكذا كذا

يعنى اذا قال له علىّ من المال كذا او قبلى كذا كان اقرارا بالدين م

اوه

وسمي الكفيل قبيلاً لانه ضامن للمال وان وصل به وديعة اي ان قال المقر بلا تراخ هو وديعة صدق لان المضمون عليه حفظه والمال محله فقد ذكر المحل واراد الحال واحتمله اللفظ مجازاً فيصح موصولاً لا مفصولاً عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي اقرار بالامانة لان الكل اقرار بكون الشيء في يده وذا يكون امانة لانه قد يكون مضموناً وقد يكون امانة وهذه اقلها جميع مالي او جميع ما املكه له هبة لا اقرار لان ما له او ما ملكه يمتنع ان يكون للآخر في تلك الحالة فلا يصح الاقرار واللفظ يحتمل الانشاء فيحمل عليه فيكون هبة يقتضي التسليم فان وجد صحت والا فلا قوله لمدعي الالف مبتدا خبره قوله الآتي اقرار يعني لو قال له رجل لي عليك الف درهم فقال اتزنه او انتقده او اجلني بها او قضيتكها او ابرأتني منه او تصدقت به علي او وهبته لي او احلتك به على زيد اقرار وبلا ضمير لا اما كون الاربعة الاول اقراراً فلان الضمير راجع الى الالف المذكور وموصوف بالوجوب فكانه قال اتزن واتقد او اجل او قضيتك الالف الواجب لك علي حتى لو لم يذكر الضمير بان قال اتزن او انتقد او اجل مثلا لا يكون اقراراً اذ لا دليل على انصرافه الى المذكور واما الخامس فلان دعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في مال واجب عليه السادس السابع فلان هذا دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته واما الثامن فلان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدون الوجوب وقوله نعم اقرار يعني اذا قيل له هل لي عليك كذا فقال نعم يكون اقراراً لانه موضوع للجواب ولا يحتاج الى الرابطة لانه بمنزلة التصريح بنعم في جواب هل لي عليك كذا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره اقر بدين مؤجل وقال المقر له حال صدق بيمينه يعني اذا اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له

في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقاً فيه فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان ثم ادعى انه استاجره منه فصدقه المقر له في الملك لا الاجارة ولزم في مائة ودرهم دراهم اي اذا قال له علي مائة ودرهم لزم مائة دراهم ودرهم ولزم في مائة وثوب ثوب ويفسر المائة اي يرجع في تفسير المائة اليه وفي العكس في مائة ودرهم كذلك وهو قول الشافعي لانه عطف مفسراً على مبهم في الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وهو عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذا في المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها تثبت ديناً في الذمة سلماً وقرضاً وثمناً بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فان وجوبها لا يكثر في الذمة لان الثياب لا تثبت فيها الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة كذا وثوبان اي اذا قال له علي مائة وثوبان لزم ثوبان ويفسر المائة وفي الجمع اي اذا قال له علي مائة وثلاثة اثواب كلها اثواب لانهما ذكر عددين مبهمين اعني مائة وثلاثة واعقبهما تفسيراً فانصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب لا يصلح تمييزاً للمائة لانهما لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد ولزم في على نصف درهم ودينار وثوب وفي نصف هذا العبد وهذه الجارية نصف كل منهما لان الكلام كله وقع على شيء بعينه او بغير عينه فينصرف النصف الى الكل كما قال على نصف هذا ونصف هذا الى آخره او بعشرة دراهم ودوانق وقراط كان من الفضة لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسعاً يعني من السنين واو بتمر في قوصرة لزماه اي التمر والقوصرة فسره

بغير عينه او بعينه الاول نحو الدرهم والدينار والثوب و الثاني مسئلة العبد والجارية قاله الزيلعي
عزمي زاده

في المبسوط بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه القوصرة وعاء وظرف وغصب
الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمه وكذا الطعام في السفينة
والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان من
للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ودابة اي او بدابة في اصطبل
لزمته اي الدابة فقط اي بلا اصطبل لان غير المنقول لا يضمن بالغصب
عندهما خلافا لمحمد كذا الطعام في البيت يعني يلزم الطعام لا البيت
والاصل في جنس هذه المسائل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا
حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط عندهما
لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى
انه لم ينقل لم يصدق لانه اقر بغصب تام لانه مطلق فيحمل على
الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور
وان لم يمكن جعله ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم
ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح ان يكون ظرفا له وان اقر بخاتم لزمه حلقته
وفصه لان الاسم يشملهما وان اقر بسيف لزمه نصله وجفنه وحمائله
لان اسم السيف يطلق على الكل النصل حديده والجفن غمده
والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته وان اقر بحجلة لزمه عيدانها
وكسوتها لاطلاق الاسم على الكل عرفا لانها بيت يزين بالثياب
والاسرة والستور وان اقر بثوب في ثوب او في منديل لزماه لانه ظرف
له حقيقة وامكن نقله كما مر وان اقر بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب عند
ابي يوسف وقال محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد
يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله في جوالق ولابي يوسف وهو قول
ابي حنيفة اولا لان العشرة لا تكون ظرفا للواحد عادة والممتنع
عادة كالممتنع حقيقة وان اقر بخمسة في خمسة بنية الضرب لزمه خمسة

لان

لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال وبنية مع عشرة اي لو قال اردت
خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في
عبادي قيل مع عبادي فاذا احتمله اللفظ ولو مجازا ونواه صح
لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف في موضعه وفي من درهم الى عشرة
او ما بين درهم الى عشرة تسعة عند ابي حنيفة وقالا يلزمه عشرة وقال
زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخر حدا والحد
لا يدخل في المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم
لا يجوز ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فيدخل الغايتان
وله ان الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد يغاير المحدود ولكن ههنا
لا بد من ادخال الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون
الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة في الثانية وفي من
داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط ما بينهما لما ذكر ان الغاية لا تدخل
في المغيا او بالحمل اي حمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه
لان له وجها صحيحا وهو ان رجلا اوصى لرجل ومات الموصي فيقر
وارثه للموصى له مطلقا اي سواء بين سببا صالحا او لا وله اي ان
اقر للحمل صح ايضا لكن لا مطلقا بل ان بين سببا صالحا كارث
ووصية بان قال مات ابوه فورثه او اوصى به له فلان فان هذا اقرار
صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذا اذا ثبت باقراره ثم اذا
وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر به عند الاقرار محتملا اوص
وذلك بان يضعه باقل من ستة اشهر من حين مات المورث او الموصي
اذا كانت ذات زوج او لاقل من سنتين من وقت الفراق
اذا كانت معتدة فان ولدت حيا لاقل من ستة اشهر في الصورة
الاولى او من سنتين في الصورة الثانية فله ما اقر لوجوده في البطن

حين مات المورث او الموصي او ميتا اى ولدته ميتا فللموصي والمورث
اى يرد المال الى ورثة الموصي والمورث لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما
وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته او ولدت حيين فلهما ما اقر نصفين
ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية
كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان بين بغير صالح للسببية
كبيع واقراض وهبة بان قال الحمل باع مني او اقرضني او وهب لي او ابهم
الاقرار ولم يبين سببا بان قال على للحمل فلان كذا الفا اما الاول فلانه
بين مستحيلا لعدم تصور هما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا
حكما لانه لا يولى عليه فيصير كما اذا صرح به شهد لي جعل رجل شاهدين
على الف في مجلس ثم اشهد رجلين آخرين في مجلس آخر لزم الفان يعني لو
اراد صكا على الشهود فان عندهم قرينين او اكثر بالف في ذلك الصك
فالواجب الف واحد اتفاقا لان الشاهد هو الاقرار لكونه معرفا بالمال
الثابت في الصك وان لم يقيد بالصك بل اقر بحضرة شاهدين
بالف في مجلس آخر بحضرة شاهدين بالف بلا بيان السبب فعند
ابي حنيفة يلزمه الفان بشرط مغايرة الشاهدين الآخرين للاولين
في رواية وبشرط عدم مغايرتهما لهما في اخرى وهذا بناء على ان
الشاغل الاقرار كما اذا كتب لكل الف صكا واشهد على صك شاهدين
وعندهما لم يلزمه الا الف واحد لدلالة العرف على ان تكرار الاقرار
لتأكيد الحق بالزيادة في الشهود واما ان اتحد المجلس فاللازم الف
واحد اتفاقا على تخريج الكرخي لان للمجلس تاثيرا في جمع الكلمات
المتفرقة وجعلها في حكم كلام واحد الا وبكتابة الاقرار اقرار
يعني لو قال للصكاك اكتب لفلان خط اقراري بالف على ان يكون
اقرارا ويحل للصكاك ان يشهد بالمال عليه كذا لو قال اكتب بيع هذه

وأما الكتاب فلان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار المأذون وأحد المتفاوضين عليه م

الاقرار

٤٨٥

الدار يكون اقرارا بالبيع كتب او لم يكتب او لو قال للصكاك اكتب
طلاق امرأتي تطلق كتب او لم يكتب كذا في الفصول العمادية وانما قال
حكما لان الاول انشاء والاقرار اخبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل
المراد ان حكم كتابة الاقرار اذا حصل حصل الاقرار احد الورثة اقر بالدين
قيل يلزمه كله وقيل يلزمه حصته يعني اذا ادعى رجل دينا على الميت
واقر احد الورثة به ففي قول اصحابنا يؤخذ من حصته المقر جميع الدين
قال الفقيه ابو الليث هو القياس لكن الاختيار عندي ان يؤخذ
منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والبصري وابن ابي ليلى وسفيان
الثوري وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرورة وذكر
شمس الائمة الحلواني ايضا قال مشايخنا هذا زيادة شيء لا بد شرط في
الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره اذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين
في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي ونظيره ذلك مسئلة ذكرها في الزيادات
وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل بذلك الدين
فانه تقبل وتسمع شهادة هذا المقر فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد اقراره لزم
ان لا تقبل شهادته لما فيه من دفع المغرم قال رحمه الله وينبغي ان يحفظ هذه
الزيادة فان فيها فائدة عظيمة كذا في العمادية باب

الاستثناء وما بمعناه

في كونه مغيرا الا الشرط ونحوه استثنى
بعض ما اقر به متصلا باقراره لزمه باقيه يعني اذا قال له لفلان علي عشرة
دراهم الا واحدا لزمه تسعة لما تقرر في الاصول انه تكلم بالباقي بعد
الثنيا اى الاستثناء فكانه قال ابتداء له علي تسعة وشرط الاتصال
عند عامة العلماء لكونه مغيرا ونقل عن ابن عباس رض جواز التاخير
ولو كله اى لو استثنى كله فكله اى لزم كله لو كان الاستثناء بغير
لفظه نحو غلماني كذا الا غلماني لانك قد عرفت انه تكلم بالباقي بعد

الثنيا ولا باقي بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع بعد الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الكل لزم الكل وبطل الاستثناء لجلاء في ما اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ نحو غلماني كذا الا فلانا وفلانا ولا غلام له غيرهم فانه اذا كان بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لان الامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ حيث لا يمكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا كذا اذا قال غلماني كذا الا هؤلاء فانه يصح ايضا لوجود التغاير اللفظي استثنى وزنيا او كيليا من دراهم صح قيمة يعني لو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزم مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لكنا صححناه استحسانا بان المقدر جنس واحد وان كان اجناسا صورة لانهما تثبت في الذمة ثمنا اما الدينار فظ وكذا غيره لان الكيلي او الوزني مبيع باعيانهما ثمن باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد باعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما الحكم الدينار ولهذا استوى الجيد والرديء فيهما وكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى فالاستثناء تكلم بالباقي معنى لا صورة ولو استثنى غيرهما اي غير وزني منهما اي من الدراهم لا اي لا يصح عندنا خلافا للشافعي له انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولنا ان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى كما عرفت اذا وصل باقرار ان شاء الله ابطله اي ابطل وصله الاقرار لان التعليق بمشية الله تعالى ابطال عند محمد قبل انعقاده

للحكم

امكن ان يجعل المستثنى بعض ما بيناه لوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف اذا كان بغير ذلك اللفظ

للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند ابي يوسف من الاصل او بشرط الخيار بان قال لفلان علي الف درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام لزم لصحة الاقرار لوجود الصيغة الملزمة وبطل شرطه لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار باختيار وعدم اختيار وانما تاثير اشتراط في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه اقر بدار واستثنى بناءها بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها كان اي الارض والبناء للمقر له ولم يصح استثناؤه لان اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا اذ الدار اسم لما ادير عليه الحائط من البقعة والبناء يدخل تبعا لا لفظا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري والاستثناء انما يكون مما يتناوله الكلام نصا لانه تصرف لفظي **اقول** فما وجه عدم صحة الاستثناء وتحقيق معرفة وجهه موقوف على مقدمة تقرر في علم الكلام والاصول وهي ان الركن قسمان احدهما اصلي وهو الذي يدخل في مدلول بحيث اذا انتفى لم يصح اطلاق الاسم على الباقي كواحد من العشرة وروح من الحيوان وثانيهما زائد وهو الذي يدخل في مدلول الاسم لكن اذا انتفى لا ينتفي اطلاق الاسم على الباقي كيد زيد ورجله حتى اذا قال هذا العبد لزيد الا يده او رجله لم يجز وبهذا التحقيق دفع ما يرد على ظاهر قولهم الاقرار في الايمان ركن زائد بان الركنية يقتضي الدخول والزيادة يقتضي الخروج فكيف يجتمعان ووجه الدفع ان الدخول بالنظر الى تناول اللفظ ظاهرا والخروج بالنظر الى التبعية حقيقة فلا منافاة وفص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كبنائها اي بناء الدار في كونها متناولة اللفظ تبعا لا لفظا حتى لم يصح استثناؤها ايضا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او بيتا منها لانه دخل فيه لفظا فصح الاستثناء كذا اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان

لانه ان كان صحيحا فهو واجب لعدم [illegible] وان لم يتخير وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتخير

فكان ابعد [illegible]

الاسم

بظهر

وثبا

اذ الاقرار بالارض اقرار بالبناء تبعًا كالاقرار بالدار ولو قال عرصتها لفلان
بعد ان قال بناؤها لي كان كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة الخالية
عن الشجر والبناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان
وصح اي الاقرار بالف من ثمن قن عينه وانكر قبضه يعني قال علي
الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر قنا بعينه
قيل للمقر له ان شئت فسلم القن وخذ الالف والا فلا شيء لك
فلو سلم لزم الالف والا فلا هذه المسئلة على وجوه احدها هذا وهو ان
يصدقه وجوابه ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا و وتسليم القن
الثاني ان يقول المقر له القن قنك ما بعته وانما بعتك قنا غيره وفيه المال لازم
على المقر له لاقراره بلزوم المال عليه عند سلامة القن له وقد سلم
حين اقر والبد بانه ملكه فيلزمه المال والاسباب مطلوبة لاحكامها
لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب
اصل المال والثالث ان يقول القن ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر
شيء لانه انما اقر له بالمال اذا سلم له القن ولم يسلم له والرابع ان يقول
القن قني ما بعته وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لان كلا منهما
مدع ومنكر لان المقر يدعي التسليم من غيره والاخر ينكره والمقر له
يدعي على المقر الفا ببيع غيره وهو ينكره واذا تحالفا انتفى دعوى
كل منهما عن صاحبه فلا يقضى عليه بشيء والعبد سالم لمن في يده
هذا اذا عين القن وان لم يعينه لزم اي الالف ولغا الكلام
اي لا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل
لانه رجوع عما اقر به والرجوع عن الاقرار باطل كقوله من ثمن خمر
او خنزير يعني لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير
لزمه فصل او وصل لكونه رجوعا بعد الاقرار وقالا ان وصل

صدق

صدق وان فصل لم يصدق لانه بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا
كالاستثناء والشرط وفي ثمن متاع او قرض هي زيوف او نبهرجة او ستوقة
او رصاص لزمه الجيد يعني لو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال
اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة او ستوقة او رصاص
او قال الا انها زيوف وقال لفلان علي الف درهم زيوف من
ثمن متاع وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة وصل او
فصل لما مر وقالا ان وصل صدق والا فلا لما مر ايضا وفي من غصب
او وديعة عطف على قوله في ثمن ان ادعى متعلق بقوله وفي من غصب
احد هذه المذكورات الاربع يعني ان قال له علي الف درهم من غصب
او وديعة الا انها زيوف او نبهرجة صدق اي المدعي وصل او فصل
اذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف
لان الغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الى حفظه
فلم يكن قوله زيوف تغييرا لاول كلامه بل هو بيان النوع فصح
موصولا ومفصولا الا فصلا في الاخيرين يعني اذا قال له علي
الف درهم من غصب او وديعة الا انها ستوقة او رصاص فان وصل
صدق وان فصل لا اذ الستوقة من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز
بها التجوز في الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيان
تغيير فصح موصولا لا مفصولا فان غصب ثوبا وجاء بمعيب
صدق بيمينه ان لم يثبت الخصم سلامته لان الغصب لا يقتضي
السلامة كما في قوله علي الف درهم الا انه ينقص كذا متصلا لما عرفت
ان الاستثناء يصح متصلا لا منفصلا قال رجل لاخر اخذت
منك الفا وديعة فهلكت وقال الاخر بل غصبا ضمن اي المقر لانه
اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير ثم ادعى ما يوجب البراءة عنه وهو الاذن

بالاخذ والآخر ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا اذا ينكل عن اليمين فيجب رد
المال بخلاف قوله غصبتنيه في رد قوله اعطيتنيه وديعة اي لو قال المقر اعطيتني
الف درهم وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتها مني لا يضمن المقر لانه
لم يقر بسبب الضمان والمقر له يدعي سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله
قال كان هذا وديعة لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه يعني اذا اخذ رجل
من رجل شيئا فقال الآخذ كان هذا وديعة لي عندك فاخذته فقال المأخوذ
منه هو لي اخذه المأخوذ منه لان الآخذ اقر باليد ثم الاخذ منه وهو سبب الضمان
كما بين وادعى استحقاقه عليه فلا يقبل بل يجب عليه رد عينه قائما
وقيمته هالكا صدق من قال آجرت دابتي او ثوبي فلانا فركبه
او لبسه ورده فقال كذبت بل الفرس والثوب لي وقد اخذتهما
منك ظلما والقول للمقر ولا خر البينة او خاط ثوبي هذا بكذا فقبضته اي
لو قال خاط فلان ثوبي هذا بالف درهم ثم قبضته وقال فلان هذا
ثوبي فالقول للمقر قال هذا الالف وديعة لزيد لا بل لبكر فالالف
لزيد وعلى المقر مثله لبكر لانه لما اقر به لزيد صح اقراره له وصار ملكا
وقوله بعد ذلك لا بل لبكر رجوع عنه فلا يقبل قوله في حق زيد
ويجب عليه ضمان مثلها لبكر اقر بدين لانسان ثم قال كنت كاذبا
فيه اي في اقراري حلف المقر له على عدم كذبه اي على ان المقر ما كان كاذبا
فيما اقر لك به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه عند ابي يوسف رح
وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له والفتوى على انه يحلف المقر
له لجريان العادة بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال
كذا في الكافي والله اعلم

باب اقرار المريض

يعني مرض الموت دين صحته مطلقا اي سواء علم سببه او علم باقرار
فيها ودين مرضه بسبب فيه اي مرضه معروف كبدل ما ملكه

او اهلكه او مهر مثل عرسه علم معاينة يقدمان على ما اقر به فيه اي في
مرضه وعند الشافعي هذا يساوي الاول لاستواء السببين وهو
الاقرار ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين ما لم يفرغ عن دين
الصحة فالدين الثابت باقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا
حجر كعبد ماذون اقر بالدين بعد الحجر فالثاني لا يزاحم الاول
والكل اي دين الصحة ودين المرض بسبب فيه معروف ودين
المرض الذي علم بمجرد الاقرار فيه تقدم على الارث لان قضاء
الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا
يقدم حاجته في التكفين ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه ولا اقراره
لوارثه اي سواء اقر بدين او عين لقوله عم ان الله تعالى اعطى كل ذي
حق حقه الا وصية لوارث الا بتصديق البقية اي بقية الغرماء و
بقية الورثة لان المانع من التخصيص تعلق حقهم بالتركة فاذا صدقوا
زال المانع وجاز التخصيص وجاز اي اقرار المريض لغيره اي غير الوارث
لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلانه تصرف في خالص حقه وهو
يقتضي الجواز واما الثاني فلان المانع من الجواز كان الارث وقد انتفى ولو
وصلية كان اقراره بكل ماله لما روي عن ابن عمر رض انه قال اذا اقر الرجل في
مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله والقياس
ان لا يصح اقراره الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق
بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث و
لكن ترك القياس لما روي عن ابن عمر رض اقر له اي لاجنبي بمال ثم اقر
ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره واقر لاجنبية ثم نكحها وبطل اقراره
صح اقراره لها وعند زفر رح يبطل هذا الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه اقر
وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب حدث بخلاف المسئلة الاولى

ثم اقر بالدين ٥

لان دعوى النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان
الاقرار فلا يصح اما الزوجية فيقتصر على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره
كان لزوجة بخلاف الهبة والوصية اي بخلاف ما لو وهب لها شيئا او اوصى لها
بشيء ثم تزوجها فانهما تبطلان اتفاقا فان الوصية تمليك بعد الموت
وهي وارثة فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى لا ينفذ الا من الثلث
كما يأتي بيانه في كتاب الوصية فصارت كالوصية ولو اقر بدين لمن طلقها
فيه اي مرض موته فلها الاقل من الارث اي ميراثها منه والدين لقيام
التهمة ببقاء العدة وباب الاقرار كان مسدودا لبقاء الزوجية فتما
اقدم على الطلاق ليصح اقراره لها زيادة ولا تهمة في اقلهما فيثبت
اقر رجل ببنوة غلام حيث قال هذا ابني جهل نسبه في مولده وقدم
بيان فائدة القيد ويولد مثله لمثله وصدقه اي الغلام ذلك المقر وهو
من اهله اي اهل التصديق ثبت نسبه اي نسب الغلام منه اي
المقر وشارك اي الغلام الورثة شرط جهالة النسب لانه لو علم لم
يثبت من الغير وان يولد مثله لمثله لئلا يكذبه الظاهر وان يصدقه
الغلام لان المسئلة في غلام يعبر به عن نفسه فلا بد من تصديقه
لانه في يد نفسه حتى اذا كان صغيرا لا يعبر لم يعتبر تصديقه ولذا قال
وهو من اهله وشارك الورثة لانه لما ثبت نسبه صار كالولد
المعروف صح اقراره اي الرجل بالولد والوالدين لانه اقرار على نفسه
وليس فيه حمل النسب على الغير والزوجة والمولى لان موجب اقراره
يثبت بينهما بتصادقهما بلا اضرار باحد فينفذ وصح اقرارها
بالوالدين والزوج والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان حجة
على نفسه لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء لا يكون الا اقرارا على نفسه فيقبل
وشرط تصديقهم لان الاقرار على نفسه فيقبل وشرط تصديقهم لانه

اقرار

اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد
المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان
عبدا للغير يشترط تصديق الزوج في دعوة المرأة الولد او شهادة
امرأة قابلة كانت او غيرها في اقرار امرأة ذات زوج ولا معتدة صح
اقرارها بالولد لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها وصح
التصديق بعد موت المقر الا من الزوج بعد موتها مقرة يعني صح
التصديق في النسب بعد موت المقر لبقاء النسب بعد الموت وان اقر
بنكاحها فمات فصدقته بعد موته يصح ذلك حتى يكون لها المهر والارث
لبقاء حكم النكاح وهو العدة وان اقرت بنكاح رجل وماتت فصدقها
الزوج لم يصح تصديقها عند ابي حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح
بعلائقه حتى يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها فلا يحل له ان
يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار
بنسب من غير ولاد كاخ وعم لم يثبت اي النسب ولا يثبت الاقرار
في حقه لان فيه تحميل النسب على الغير فاذا ادعى نفقة او حضانة يعتبر
في حقهما ويرث الا مع وارث وان بعد يعني ان كان للمقر وارث
معلوم قريب او بعيد فهو احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ
وله عمة او خالة فالارث للعمة والخالة لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم
الوارث المعروف مات ابوه فاقر باخ شاركه في الارث بلا نسب
لان مقتضى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية عليه وشركة
في الارث وله فيه ولاية فيعتبر الثاني لا الاول اقر احد ابني ميت له
اي لذلك الميت على آخر دين بقبض متعلق باقر ابيه نصفه لا شيء له
والنصف للآخر يعني ان من مات وترك ابنين وله على رجل الف درهم
فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شيء للمقر

مولاه كما يشترط تصديق ه
بالولد وعدم العدة في غيرها اي في اقرار امرأة غير ذات الزوج
يعني اذا لم تكن المرأة ذات الزوج

وللمكذب نصفه لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان
قبض الدين انما يكون بقبض عين مضمون ثم يصير دينا فتتقاصان
فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه فما لم يقبض جميع الدين لا يكون
له من الميراث شيء ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ما قبض وان تصادقا
على انه اي المقبوض بينهما لانه لو رجع على اخيه لرجع على الغريم فرجع
الغريم على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه
دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور فصل
حرة اقرت بدين فكذبها زوجها صح اي اقرارها في حقه اي حق زوجها
عند ابي حنيفة وعندهما لا كالدين الثابت بالمعاينة بالاستهلاك
او بالشري او بالبينة وعندهما لا اي لا يصدق في حق الزوج فلا تحبس
ولا تلازم لان فيه منع الزوج عن غشيانها واقرارها لا يصح فيما يرجع
الى ابطال حق الزوج مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان وصدقها
المقر لها ذو زوج واولاد منه اي من الزوج وكذبها اي الزوج صح
في حقها اي في حق المراة حتى اذا علق بعد الاقرار ولد يكون رقيقا
لا في حقه وحق الاولاد ففرع على قوله وحقه بقوله حتى لا يبطل النكاح
وفرع على قوله وحق الاولاد بقوله واولاد حصلت قبل الاقرار
وما في بطنها وقته اي وقت الاقرار احرار لحصولهم قبل اقرارها بالرق
فاما ولد علق بعد الاقرار فانه يكون رقيقا عند ابي يوسف اذ حكم
برقها وولد الرقيقة رقيق وحر عند محمد لانه تزوج بشرط حرية اولاده
منها فلا يصدق على ابطال هذا الحق مجهول النسب حرر عبده ثم
اقر بالرق لانسان مجهول النسب فصدقه صح في حقه حتى صار رقيقا له
دون ابطال العتق حتى بقي معتقه حرا فان مات العتيق اي العبد
الذي اعتقه مجهول النسب يرثه وارثه ان كان له وارث والا

حتى تحبس وتلازم م

وان لم يكن له وارث فالمقر له اي يرثه المقر له لانه كان للمقر وقد اقر للمقر له
فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر له لانه لما مات انتقل الولاء
اليهم بخلاف ما لو كان حيا قال لي عليك الف فقال الحق او الصدق
او اليقين او نكر اي قال حقا او صدقا او يقينا او كرر اي قال
الحق الحق او الصدق الصدق او اليقين اليقين او حقا حقا
او صدقا صدقا او يقينا يقينا او قرن به البر بان قال البر الحق
والحق البر الخ كان اقرارا لانه مما يوصف به الدعوى فيصلح للجواب
ويستعمل في التصديق عرفا فكانه قال ادعيت الحق الخ ولو
قال الحق حق او الصدق صدق او اليقين يقين لا اي لا يكون
اقرارا لانه كلام تام بخلاف ما تقدم لانه لا يصلح للابتداء قال
لامته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة او قال هذه السارقة
فعلت كذا او باعها فوجد اي المشتري بها اي بالجارية واحدا منها
اي من هذه العيوب لا يرد الامة بعد البيع به اي بواحد من
هذه العبارات لان غرض الاخير نداؤه وقصد المنادي اعلام المنادى
واحضاره لا تحقيق الوصف الذي ناداه به ولهذا لو قال لامرأته
يا كافرة لا يفرق بينهما والاخير شتيمة بخلاف هذه سارقة او هذه آبقة
او هذه زانية او مجنونة حيث يرد بهذه العبارات لانه اخبار
وهو لتحقيق الوصف وبخلاف يا طالق او هذه المطلقة فعلت
كذا حيث تطلق امراته لانه متمكن من اثبات هذا الوصف شرعا
فيجعل كلامه ايجابا ليكون صادقا فيما تكلم به وهو لا يتمكن من
اثبات تلك الاوصاف فيها وكان نداء وشتما لا تحقيقا ووصفا
كذا في الكافي

كتاب الشهادات

اورده عقيب
كتاب الاقرار لما ان الحاجة الى الشهادة بعد عدم الاقرار فيكون

مما يخبر عنه الاعتبار وهي اي الشهادة اخبار بحق للغير على آخر
سواء كان حق الله تعالى او حق غيره عن يقين اي ناشئا عن يقين
لا عن حسبان وتخمين واليه الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم اذا
رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة
التي بمعنى المعاينة وشرطها العقل الكامل بان يكون عاقلا بالغا
فلا تقبل شهادة المجنون والصبي والضبط وهو حسن السماع
والفهم والحفظ الى وقت الاداء والولاية بان يكون حرا فلا تقبل
شهادة الرق وركنها الداخل في حقيقتها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون
القسم ذكره الزيلعي حتى اذا ترك لم يقبل الشهادة وحكمها وجوب
الحكم على القاضي بموجبها بعد التزكية والقياس يأبى كونها حجة ملزمة
لانه خبر محتمل للصدق والكذب لكنه ترك بالنصوص والاجماع
ويجب اي الشهادة بالطلب اي طلب المدعي في حق العبد
وانما اعتبر طلبه لانها حقه فيتوقف طلبه كما في سائر الحقوق ان
لم يوجد بدله ولا يجوز كتمانها لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا
ما دعوا اثم لزمه انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين
عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة
فادى غيره ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى التضييع
فانها بلا طلب كعتق الامة وطلاق المرأة فان فيهما تحريم الفرج
وترك الشهادة فيهما رضاء بالفسق والرضاء به فسق وستر ما
في الحدود لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك
لكان خيرا لك وتلقينه للدرء بقوله لعلك لمستها او قبلتها آية ظاهرة
على رجحان الستر ويقول في السرقة اخذ لا سرق احياء لحق المسروق
منه ورعاية لجانب الستر ونصابها للزنى اربعة رجال لقوله تعالى

فقبلت لا يأثم وان ادي غيره ولم يقبل شهادته يأثم فلم يؤد اذا كان ممن يقبل شهادته م ح ح
افضل م

اي دون حق الله تع فانه يجب عليه م

١٩٦

واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ونصابها لبقية الحدود والقود
رجلان لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيهما شهادة
النساء لما فيها من شبهة البدلية ونصابها للولادة واستهلال الصبي
للصلاة عليه والبكارة وعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه
الرجال امرأة واحدة لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس اذا
لم يكن ثمة معهود اذ الكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل لتيقنه
ونصابها لغيرها من الحقوق سواء كان مالا او غيره كنكاح وطلاق
ووكالة ووصية واستهلال الصبي للارث رجلان او رجل وامرأتان
لما روي ان عمر وعليا رضي الله تعالى عنهما اجازا شهادة النساء مع
الرجال في النكاح والفرقة كما في الاموال وتوابعها ولزم في الكل من
الصور الاربع المذكورة لفظ اشهد للقبول حتى لو قال الشاهد
اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص وردت بهذا اللفظ
وجواز الحكم بالشهادة على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص
ولزم ايضا العدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا
يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر لان الصغيرة تكون
كبيرة بالاصرار لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لا صغيرة مع الاصرار
ولا كبيرة مع الاستغفار لوجوبه اي وجوب القبول لقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم لان الخبر يحتمل الصدق والكذب والحجة هو الخبر الصادق
وبالعدالة يترجح جهة الصدق اذ من ارتكب غير الكذب من المحظورات
يرتكب الكذب ايضا وفيه اشارة الى ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة
لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للولاية والقضاء والسلطنة

مطلب شرط العدالة واجبة على الشرع م

ز جر صح

مطلب لان الفاسق اهل للولاية والقضاء والسلطنة والامامة والشهادة م

والامانات والشهادات عندنا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها
في الناس ذا مروة تقبل شهادته والاصح ان شهادته لا تقبل الا ان القاضي
لو قضى بشهادته يصح عندنا كذا في الكافي وهي اي الشهادة لو كانت
على حاضر تحتاج الاشارة اي اشارة الشاهد الى ثلاثة مواضع اعني
المدعي والمدعى عليه والمشهود به لو كان عينا احترازا عن الدين
ولو كانت على ميت او غائب فسموه ونسبوه الى ابيه فقط بان قالوا
قضى القاضي بشهادة الفاسق على فلان بن فلان لا يقبل حتى ينسبوه
الى جده ولا ينوب صناعته اي ان ذكروا اسمه واسم ابيه وصناعته
لا يكفي الا اذا كان معروفا بها بان لا يكون في بلده مثله في تلك
الصناعة وان ذكر اسمه واسم ابيه رجل آخر بهذا الاسم وهذه الحرفة وقبيلته وحرفته ولم يكن في محلته م
يكفي وان كان آخر مثله لا يكفي حتى يذكر شيئا آخر يفيد التمييز ولو ذكر اسمه
واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل فشرط التعريف ذكر ثلاثة
اشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم ابيه قيل يكفي وفي اشتراط الجد
اختلاف ولو قضى بلا ذكر الجد نفذ كذا في العمادية ولا يسأل عن
شاهد بلا طعن الخصم يعني ان القاضي يقتصر على ظاهر العدالة
في المسلم ولا يسأل ولا يتفحص ان الشاهد عدل او لا اذا لم يطعن
فيه الخصم واذا طعن يسأل القاضي عنه في السر ويزكي في العلانية
الا في حد وقود فانه يسأل في السر ويزكي في العلانية فيهما بالاجماع
طعن الخصم اولا لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء
فيهما وعندهما يسأل في الكل سرا وعلنا وان لم يطعن الخصم
لان بناء القضاء على الحجة وهي شهادة العدل فيتعرف عن
العدالة وبه يفتى ثم التزكية في السر ان يبعث قطعة قرطاس
كتب فيها اسماء الشهود وحليتهم ويلتمس من المزكي تعريف

حالهم

حالهم والتزكية في العلانية ان يجمع القاضي بين المزكي والشهود في مجلس القضاء
فيسأل المزكي عن الشهود بحضرتهم هؤلاء عدول مقبولون الشهادة
لتزكيتهم او يجرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا لان تزكية
العلانية بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي يقابلون الجارح بالاذى
والاضرار به وكفى للتزكية ان يقول المزكي او يكتب في ذلك القرطاس تحت
اسمه هو عدل ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او
يكتب الله اعلم وان لم يقل جائز الشهادة قال في الكافي ثم قيل لا بد
ان يقول المعدل [illegible] هو عدل جائز الشهادة اذ العبد او المحدود
في القذف اذا تاب قد يعدل والاصح ان يكتفي بقوله هو عدل لثبوت
الحرية بالدار اقول فيه اشكال لان المحدود في القذف التائب
قد يكون عدلا كما ذكره فلا بد من قوله جائز الشهادة ليخرج وهذا
لا يرد على عبارة الهداية اذ لم يذكر فيها المحدود في القذف لكن لا بد فيه
ايضا من اعتبار هذا القيد ليخرج فلا يكون الاكتفاء بقوله هو عدل
اصح ولا يصح تعديل الخصم هكذا قال ابو حنيفة يعني ان تعديل المدعى
عليه الشهود لا يصح لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه
ظالم كاذب في الانكار وتزكية الكاذب الفاسق لا يصح وعندهما يصح
ان كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد لا بد من ضم آخر اليه لعدم
جواز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه كما سيأتي والمراد بتعديله
تزكيته بقوله هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا او هم عدول ولم يزد
على هذا واما لو قال صدقوا او عدول صدقة فقد لزم الحكم لانه اقرار
منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا
يلزم شيء لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطاء فلا يلزم
من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا ويكفي واحد للتزكية ولترجمة الشاهد والرسالة

يعني يقول جائز الشهادة

لا المزكي لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى يجوز تزكية
العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف التايب لان خبرهم مقبول في
الامور الدينية والاحوط اثنان لان فيه زيادة طمانينة هذا الكلام في تزكية
السر واما تزكية العلانية فيشترط فيهما جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية
والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها
اظهر ولذا تختص بمجلس القضاء اي لسامع اي يجوز لسامع ما يتعلق
بالاقوال كالبيع بان سمع قول البايع بعت وقول المشتري اشتريت
والاقرار بان سمع قول المقر لفلان علي كذا او رأى ما يتعلق بالافعال
كحكم قاضي او غصب او قتل ان يشهد فاعل قوله يجوز المقدر في قوله
لسامع وان لم يشهد عليه يقول اشهد انه باع او اقر لانه عاين السبب
فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد ظاهر
وان كان بالتعاطي فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل
لا يشهد على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمي لا حقيقي
ويقول اشهد لا اشهدني كيلا يكون كاذبا ولا يسع الشهادة بسماع
من وراء الحجاب اي لو سمع الشاهد صوت من يشهد عليه من وراء
الحجاب لا يسع ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة
الا اذا تعين القايل بان يكون في البيت وحده وعلم الشاهد انه
ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس فيه مسلك غيره فسمع اقرار
الداخل ولم يره اذ حينئذ يحصل به العلم لكن ينبغي للقاضي ان لا يقبله
اذا فسر له اذ ليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير
فان الشهادة بالتسامع تقبل في بعض الحوادث لكن اذا صرح به
لم تقبل كما سيأتي او يرى شخص القايلة ويشهد عنده اثنان انها
فلانة بنت فلان قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت رواية

من

الحس
الكشف

من وراء الحجاب ويشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان لا يجوز لمن
سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها يعني حالما اقرت فيجوز
ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها قال ابو بكر
الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان
بن فلان وقد وهبت لزوجي مهري فان الشهود لا يحتاجون
الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت حية اذ
يمكن للشاهدان يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى الشهادة على
انها فلانة بنت فلان بن فلان كذا في العمادية ولا يشهد على الشهادة
ما لم يشهد عليها لانه تصرف على الاصيل بازالة ولايته في تنفيذ قوله
على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير عليه فلا بد من الانابة
والتحميل منه ولا يشهد ايضا من رأى خطه الذي كتب فيه شهادته ولم
يذكر ما اي شهادته كذا القاضي يعني اذا وجد في ديوانه اقرار رجل لرجل
بحق او شهادة شهود شهدوا لرجل على رجل بحق وهو لا يذكر فلا يحكم به
ولا ينفذه حتى يتذكره وكذا الراوي يعني اذا لم يتذكر لا تحل له الرواية
لان كلا منها لا يحل الا لمن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط
ولا بالتسامع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي
واصل الوقف فان الشهادة بالتسامع جايزة فيها اذا اخبرها من لا
او رجل وامرأتان عدول لا والقياس ان لا يجوز لان الشهادة لا تجوز
الا بعلم كما مر ولا يحصل العلم الا بالمشاهدة والعيان وبالخبر المتواتر
ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اهون من حكم النكاح
وجه الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس
ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم
تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل تلك الاحكام

بخلاف الهبة والبيع والاجارة ونحوها لانه كلام يسمعه كل واحد وانما
يجوز ان يشهد بالتسامع اذا حصل له العلم بالتواتر او الاشتهار او باخبار
من يثق به ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان لانه اقل
نصاب يفيد العلم الذي يبنى عليه الحكم في المعاملات وقيل يكتفى في الموت
باخبار واحد او واحدة لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا
يحضره غالبا الا واحد او واحدة بخلاف النسب والنكاح وينبغي
ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد ان فلان بن فلان مات
ولا يفسر حتى لو فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته هو الصحيح
وانما قال اصل الوقف لانه يبقى على انقراض الوقف دون شرائطه
لان اصل الوقف يشتهر فاما شرائطها التي شرطها الواقف فلا تشتهر
قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا
ان هذا وقف على المسجد او المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك
في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتأويل قولهم لا تقبل شهادتهم على شرائط
الوقف انه بعد ما ذكروا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا
انه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك لا تقبل شهادتهم كذا
في الكافي ويشهد رأى جالسا مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم انه
قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه ويشهد ايضا رأى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا وبينهما انبساط الازواج انها عرسه كما لو رأى عينا
عينا في يد غيره عملا بظاهر الحال ويشهد ايضا رأى شيئا سوى الرقيق
المعبر فان غير المعبر حكمه حكم العروض في يد متعلق برأى المقدر يتصرف
كالملاك اي كما يتصرف الملاك انه له متعلق بيشهد المقدر صورته
رجل رأى عينا في يد انسان ثم رأى تلك العين في يد آخر والاول يدعي
الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان الملك في الاشياء لا يعرف يقينا

بل

بل ظاهرا اذ اليد بلا منازعة دليل الملك ظاهرا اذا شهد به اي بانه ملكه
قلبه فان وقع في قلبه انه ملك الغير لا يحل له الشهادة بالملك له لان الاصل اعتبار
اليقين في جواز الشهادة لما مر من قوله عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد
والا فدع فاذا تعذر ذلك يصار الى ما يشهد به القلب فان فسر اي الشاهد
للقاضي شهادته بالتسامع في الصورة الاولى او بحكم اليد في الصورة
الاخيرة بطلت فانه اذا اطلق وقع في قلب القاضي صدقه فيكون
شهادة عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا او عاينت كذا كما ان
المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد كذا في الكفاية والكافي الا في
الوقف فان الشاهدين اذا فسرا شهادتهما بالتسامع يقبل ذكره
في العمادية شهد انه شهد اي حضر دفن زيد وصلى عليه فهو معاينة
حتى لو فسر للقاضي يقبله اذ لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه
الشهادة بالايجاب شهادة بالقبول في المعاوضات كالبيع والاجارة
والنكاح ونحوها حتى لو شهدوا على تزويج الاب فقط اي بلا ذكر القبول
تقبل اي الشهادة بخلاف الهبة حتى لو شهدوا بالهبة بلا ذكر
القبول لم تقبل كذا في العمادية والله اعلم

باب القبول وعدمه

تقبل من اهل الاهواء اعلم ان اهل الاهواء على ما ذكر في الكتب الكلامية اهل
القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل السنة وهم الجبرية والقدرية و
والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنتا عشرة فرقة فصاروا
اثنتين وسبعين فرقة وعندنا تقبل شهادتهم خلافا للشافعي الا الخطابية
هم من غلاة الروافض يعتقدون جواز الشهادة لكل من حلف عندهم
انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا وقيل يرون الشهادة لشيعتهم
واجبة فيتمكن الشبهة في شهادتهم وتقبل من الذمي على مثله وان اختلفا
ملة كاليهود مع النصارى وتقبل من الذمي على المستأمن لان

المذكور بقوله ولا بالتسامع

الذمي اعلى حالاً منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي ولا يقتل
بالمستأمن بل على عكسه لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور
ولايته عليه لكونه ادنى حالاً منه وتقبل الشهادة منه اي المستأمن
على مثله ان اتحد دارهما وان كانوا من اهل دارين كالروم والترك
لا يقبل لان الولاية فيما بينهم منقطع باختلاف المنعتين ولهذا
لا يجري التوارث بينهما وتقبل ايضا من عدو بسبب الدين فان العداوة
الدينية تدل على قوة دينه وعدالته بخلاف العداوة الدنيوية
فانها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه ويقبل ايضا من
مسلم ارتكب معصية صغيرة بلا اصرار عليها ان اجتنب الكبائر وهو
معنى العدالة بتمام وتقبل ايضا من اقلف لاطلاق النصوص بلا تقييد
بالختان ولانه لا يخل بالعدالة وهذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك
واذا تركه بلا عذر به من كبر او خوف هلاك واذا تركه استخفافا بالدين
لم يقبل لانه لا يكون عدلا ولم يقدر ابو ح له وقتا اذ لم يرد به كتاب
ولا سنة ولا اجماع والمقادير لا يعرف بالرأي وقدر المتأخرون
فقيل بسبع سنين وقيل اليوم السابع من ولادته او بعده الى ان
يحتلم ولا يهلك به ومن خصي وولد الزنا والخنثى اذا كانوا عدولا
فان قطع العضو وجناية الابوين لا يوجب قدحا في العدالة
وقبل عمر رض شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل او امرأة وشهادة الجنسين
الخنثى مقبولة ثم انه ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه فان كان
مشكلا فيجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا والعتيق للمعتق
وبالعكس لعدم التهمة وقد ثبت ان قنبرا شهد لعلي عند شريح رضي الله
تعالى عنهم فقبل شهادته وهو كان عتيق علي رض والعمال المراد عمال السلطان
عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا على الظلم

قالوا

قالوا هذا في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما الذين في زماننا فلا تقبل
شهادتهم لغلبة ظلمهم كذا في الكافي وتقبل الشهادة لاخيه وعمه ومن حرم
رضاعا او مصاهرة كام امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه
لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا انبساط لبعضهم في مال
البعض فلا يتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا او شهادة
احد الزوجين للآخر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم او على كافر
موكله مسلم يعني تجوز شهادة الكافر على عبد كافر مسلم مولاه وعلى وكيل
مسلم موكله كافر فان مسلما اذا كان له عبد كافر اذن له بالبيع والشراء
فشهد عليه شاهدان كافران بشراء او بيع جازت شهادتهما عليه
لان هذه شهادة كافر قامت على اثبات امر على الكافر قصدا ولزم
منه الحكم على المولى المسلم ضمنا ولو كان المولى كافرا والعبد المأذون
مسلما لا تقبل شهادة الكافر عليه لان هذه شهادة قامت على اثبات
امر على المسلم قصدا ولو ان مسلما وكل كافرا بشراء او بيع فشهد على
الوكيل شاهدان كافران بشراء او بيع جازت شهادتهما عليه لانها
قامت لاثبات امر على الكافر ولو ان كافرا وكل مسلما بشراء او بيع
لا تقبل شهادتهما عليه لانها شهادة كافر قامت لاثبات امر على المسلم
قصدا كذا في شرح المسعودي لتلخيص الجامع الكبير لا من كافر على
مسلم عطف على قوله تقبل من اهل الاهواء الا في الوصاية والنسب
اذا ادعى حقا من قبل الميت على خصم حاضر يعني اذا ادعى الايصاء
من نصراني واقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلم او ادعى ان فلان
بن فلان النصراني مات وهو وارثه واحضر مسلما للميت عليه دين
واقام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان والقياس
ان لا تقبل وجه الاستحسان ان المسلمين لا يحضرون موت النصارى

على عبد مسلم مولاه كافر وعلى وكيل مسلم موكله كافر بل على عكسه اي لا يجوز شهادة الكافر

والوصاية يكون عند الموت غالبا كما ثبت بثبوت النسب النكاح وهم
لا يحضرون نكاحهم فلو لم تقبل شهادة النصراني على المسلم في اثبات الايصاء
الذي بناؤه على الموت والنسب الذي بناؤه على النكاح ادى الى ضياع
الحقوق المتعلقة بالايصاء فقبلت ضرورة كما قبلت شهادة
القابلة للضرورة ولا من اعمى لان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين
والمشهود به ان كان منقولا ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة
يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ومن تداول الشهادة من باب الولاية
ولا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته ولو على كافر ومملوك وصبي
اذ لا ولاية لهما على انفسهما فعلى غيرهما اولى الا ان تحملا اي
الشهادة في الرق والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ تقبل لان
التحمل بالمعاينة او السماع وهما لا ينافيانهما وعند الاداء
هما من اهل الشهادة ومحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا
تقبلوا لهم شهادة ابدا الا ان يحد كافر فيسلم فان الكافر اذا حد
في القذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد
تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة
استفادها بالاسلام ولم يلحقها رد وهي الشهادة على اهل الاسلام
لانها لم تكن ثابتة زمان الرد والحد فلما جازت شهادته على اهل الاسلام
جازت شهادته على الكفار ضرورة بخلاف العبد اذا حد بالقذف
ثم عتق حيث ترد شهادته اذ لا شهادة للعبد اصلا حال رقه
فيتوقف الرد على حدوثها فاذا حدثت كان رد شهادتها بعد
العتق من تمام حده ومسجون في حادثة السجن يعني اذا حدث
بين اهل السجن حادثة في السجن واراد بعضهم ان يشهد
في تلك الحادثة لم تقبل لكونهم متهمين كذا في الجامع الكبير واصله

و

وفرعه وزوج وعرس وسيد لعبده ومكاتبه الاصل فيه قوله عم لا تقبل
شهادة الولد لوالده والوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره والمراد بالاجير
على قول المشايخ التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه
نفع نفسه وهو معنى قوله عم لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل هو
الاجير مسانهة او مشاهرة لانه يستوجب الاجر بمنافعه فاذا شهد له
في مدة الاجارة فكانه استاجر عليها وشريك فيما هو من شركتهما لانه شهادة
لنفسه من وجه فلو شهد فيما ليس من شركتهما تقبل لعدم التهمة ومخنث يفعل
الردي لاصراره على الفسق واما من في كلامه لين وفي اعضائه تكسر ولم
يشتهر بشيء من الافعال الردية فلا ترد شهادته ونائحة ومغنية لارتكابهما
المحرم طمعا في المال والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذته مكسبا
والتغني للهو حرام في جميع الاديان خصوصا اذا كان من المرأة فان نفس
رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد
ههنا بقوله للناس وقيد به فيما سياتي ومدمن الشرب اي شرب الاشربة
المحرمة فان ادمان شرب غيرها لا يسقط الشهادة ما لم يسكر على اللهو شرط
الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك
لا يخرج عن كونه عدلا وان كان شرب الخمر كبيرة وانما تسقط عدالته
اذا كان يظهر ذلك او يخرج سكرانا ويلعب به الصبيان اذ لا مروة لمثله ولا
يحترز عن الكذب عادة كذا في الكافي وعدو بسبب الدنيا قال في
المحيط لا تجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة في شيء من امور
الدنيا وقال الزاهدي ما ذكر في المحيط اختيار المتاخرين واما الرواية
المنصوصة فبخلافه فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته قال وهو
الصحيح وعليه الاعتماد ومن يلعب بالطنبور لشدة غفلته واصراره

على نوع لهو ولان الغالب انه ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وهو
فسق واما اذا امسك الحمام للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته
لان امساكها في البيوت مباح او الطنبور لانه من اللهو او يغني
للناس لانه يصر على نوع فسق ويجمعهم على ارتكاب كبيرة ولا يمتنع عادة
عن المجازفة والكذب اذا كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة
فلا يقدح في الشهادة او يرتكب ما يحد به اي بانه نوعا من الكباير الموجبة
للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل قلة ديانته فلعله
يجتري على الشهادة زورا كذا في الكافي اقول ظاهر هذا مخالف
لما نقلنا عنه في شرح المختصر لكن التوفيق بينهما ان المراد بارتكاب ما يحد به
ليس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون
ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه ويدخل الحمام بلا ازار لان
كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة او ياكل الربوا لانه
فاسق وشرط في المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربوا لان التجار
قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلا
بد من الاشتهار او يلعب بالنرد او يقامر بشطرنج او يترك به اي بالشطرنج
الصلوة لان كلا منهما كبيرة يدل على الدناءة فاما مجرد اللعب بالشطرنج
بدون قمار وترك صلوة فليس بفسق مانع للشهادة وان كان مكروها
عندنا لان للاجتهاد فيه مساغا لكونه مباحا عند الشافعي واما
من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة مطلقا او يبول او ياكل على الطريق
قيد لهما او يظهر سب السلف وهم الصحابة والعلماء المجتهدون
رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل على قصور
عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب بخلاف من لا يظهرها
شهد ابنا الميت ان اباهما اوصى اليه اي جعل هذا الشخص وصيا

وهو اي ذلك الشخص يدعيه اي كونه وصيا صحت اي شهادتهما استحسانا
وان انكر الوصي ذلك لم تقبل في القياس لا تقبل وان ادعى كشهادة غريمي الميت
اي غريمين لهما على الميت دين ومديونيه اي غريمين للميت عليهما دين
والموصى لهما اي رجلين اوصى لهما الميت ووصييه على الايصاء اي نصب
الوصي وهو متعلق بقوله كشهادة وكان القياس ان لا تقبل شهادة هؤلاء
لانهما يجران الى انفسهما نفعا بشهادتهما فرد ذلك لان الوارثين قصدا
بها نصب من يتصرف لهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمين قصدا نصب
من يستوفيان حقهما ويبرآن بالدفع اليه والوصيين قصدا نصب من
يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا نصب من يدفع لهما
حقهما ووجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها توجب على
القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب
الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع
لكن عليك ان تتامل في صلاحيته من نصبه في اهليته بشهادتهم كفوة
مؤنة التعيين القاضي ولو شهدا ان اباهما الغائب وكل بقبض دينه
ردت اي شهادتهما سواء ادعى اي الوكيل الوكالة او لا لتمكن الشبهة
في شهادتهما لانهما شهدان لابيهما وقدم بطلانها كالشهادة
على جرح مجرد وهو ما يفسق الشاهد ولا يوجب عليه حق الشرع او
العبد فانها لا تقبل كالفسق والاكل الربوا وانه استاجرهم ونحو ذلك كما
سياتي لانها انما تقبل فيما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزام
والفسق ليس كذلك لانه يدفع بالتوبة والاستغفار وان كان امرا
زايدا على الجرح لكن لا خصم في اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة حتى لو اقام
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجرهم بكذا واعطاهم ذلك من ماله
الذي عنده تقبل كما سياتي قال صدر الشريعة اذا اقام البينة على العدالة

شهادة هؤلاء

الشهادة حقيقة

ولم يثبتوا بها شيئا قضاء كالقرعة
في كونها حجة لدافعة مؤنة
تعيين صح صح

فاقام الخصم البينة على الجرح ان كان الجرح جرحا مجردا لا تعتبر بينته وانما
قلنا ان صورة المسئلة هذه لانه ان لم يقم البينة على العدالة فاخبر مخبر
ان الشهود فساق او اكلة الربوا فان الحاكم لا يجوز قبل ثبوت العدالة
لا سيما اذا اخبر مخبر ان الشهود فساق اقول تحقيقه ان جرح
الشاهد قبل التعديل دفع للشهادة قبل ثبوتها وهو من باب الديانات
ولذا قبل فيه خبر الواحد كما مر في كتاب الكراهية والاستحسان وبعد
التعديل رفع للشهادة بعد ثبوتها ووجب على القاضي العمل
بها ان لم يوجد الجرح المعتبر ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل
من الرفع فيكون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد
وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة واثبات حق الشرع
او العبد فاضمحل بهذا التحقيق ما اعترض عليه بعض المتصلفين
بلا شعور على مراد القائل ومع ذلك ذاهل عن القواعد وغافل
حيث قال اقول فيه نظر اذ الغرض ان مثل هذه الشهادة لا يعتبر
سواء كان قبل تعديل الشهود او بعده فلا حاجة الى ما ذكره من
الصور المقيدة ولذا قلت بعد التعديل وقبله قبلت
مثل ان يشهدوا على ان شهود المدعي فسقة او زناة او اكلة
ربوا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم
انهم اجراء في هذه الشهادة او على اقرارهم [?] انهم شهدوا
ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او انه لا شهادة لهم على المدعى
عليه في هذه الحادثة وانما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل لان
العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد
كما عرفت وليس شيء مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا قامت
قبل التعديل فانها كافية في الدفع كما مر وقبلت على اقرار المدعي
فسقهم

مطلب الشهادة على الجرح قبل التعديل تقبل

او اقراره بشهادتهم بزور او بانه استاجرهم على هذه الشهادة لانه اقرار منه
بانه لا حق له في دعواه وقبلت ايضا على انهم اي الشهود عبيد او
محدودون بقذف او انهم زنوا او وصفوا الزنا او [?] كذا او شربوا
الخمر ولم يتقادم العهد بان لم يزل الريح في الخمر ولم يمض شهر في الباقي قيد
بعدم التقادم اذ لو كان متقادما لا يقبل لعدم اثبات الحق به لان
الشهادة بحد متقادم مردودة او [?] المدعي والمدعى مال [?]
قتله وقذفه والمقذوف يدعيه او انه استاجرهم بكذا واعطاهم اياه اي الاجر
مما كان لي عنده او اني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا
علي زورا او شهدوا زورا فانا اطلب ما اعطيتهم وانما قبلت في هذه الصور
لان في بعضها حق الله تعالى وفي بعضها حق العبد والحاجة ماسة الى احياء
هذه الحقوق ومن اي شاهد رده قاض في حادثة اي لم يقبل شهادته
فيها لا تقبل لدى قاض غيره قبولها فيها لان الظاهر ان رد الاول لوجه صحيح
فلا يجوز مخالفة الثاني له شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل في مثل ان شهدا
بالدار بلا ذكر انها في يد الخصم فشهد به آخران فانها تقبل لان
الحاجة الى الشهادة لاثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما في اثبات
الملك للمدعي ولا فرق في ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين بشهادة
فريق واحد او فريقين ثم اذا شهدا انها في يد المدعى عليه سالهم القاضي
عن سماع شهدوا انها في يده او عن معاينة لانهم ربما سمعوا
اقراره انها في يده وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة كذا في العمادية
وان شهدا بالملك في المحدود وآخران بالحدود حيث تقبل لما ذكر
وان شهدوا على الاسم والنسب لم يعرفوا الرجل بعينه فشهد آخران
انه المسمى به اي بذلك الاسم وسيأتي نظائره ما شهد عدل فقال
او همت بعض شهادتي لم يضر اي بعد ما شهد تذكر لفظا تركه في شهادته

فذكره يقبل اذا لم يكن فيه مناقضة واطلق في الجامع الصغير والمحيط
انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة
وانه شرط حسن ذكره الزاهدي بينة الموت من الجرح اولى من بينة
الموت بعد البرء يعني رجل جرح انسانا ومات المجروح فاقام اولياؤه
بينة انه مات بسبب الجرح واقام الضارب بينة انه برا ومات بعد عشرة
ايام فبينة اولياء المقتول اولى وبينة الغبن اولى من بينة
كون القيمة مثل الثمن يعني ان وصيا باع كرم الصبي وبلغ الصبي
وادعى غبنا واقام بينة واقام المشتري بينة ان قيمة الكرم في ذلك
الوقت مثل الثمن فبينة الغبن اولى لانها تثبت امرا زائدا ولان
بينة الفساد ارجح من بينة الصحة وبينة كون المتصرف عاقلا
اولى من بينة كونه مخلوط العقل او مجنونا يعني ان امة اقامت
بينة ان مولاها دبرها في مرض موته وهو عاقل واقامت الورثة
بينة انه كان مجنونا وقت الخلع واقامت بينة على كونه عاقلا
ح او كان مجنونا وقت الخصومة فاقام وليه بينة انه كان مجنونا
والمراة على انه كان عاقلا فبينة المراة اولى في الفصلين و
بينة الاكراه اولى من بينة التطوع يعني لو ثبت اقرار انسان
بشيء طائعا فاقام المدعى عليه بينة اني كنت مكرها في ذلك الاقرار
فبينة الاكراه اولى لانها تثبت خلاف الظاهر

باب الاختلاف في الشهادة

اعلم ان مبنى الباب على اصول
مقررة منها ان الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا
دعوى من مدع لان ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم
ولو بالتوكيل بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا يشترط فيها
الدعوى لان اقامة حقوقه تعالى واجبة على كل احد فكل احد

خصم

خصم في اثباتها فصار كان الدعوى موجودة ومنها ان الشهود اذا
شهدوا باكثر من المدعى كان المدعي مكذبا لهم فتبطل شهادتهم فاذا
شهدوا باقل قبل للاتفاق فيه ومنها ان الملك المطلق ازيد
من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب
ومنها ان الاختلاف في بين الشاهدين ليس كالاختلاف في بين الدعوى
والشهادة فينبغي ان يكون كل منهما مطابقا للاخرى في المعنى وفي لفظه لا
يوجب اختلاف المعنى اما المطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغي
ان يكون في المعنى فقط ولا عبرة باللفظ كذا في الفصول وسيأتي
زيادة توضيح له وبه يعلم ان عبارة الوقاية ليست كما ينبغي حيث
قال شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى
ولهذا قلت يجب مطابقة الشهادة للدعوى لا لفظا ومعنى بل معنى
فقط فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب كدعوى الدار بالارث
مثلا قبلت لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة
للمطابقة معنى كما مر وبعكسه اي لو ادعى ملكا بسبب وشهدا بملك مطلق
لا اي لا يقبل لانهما شهدا باكثر مما ادعى فتبطل كما مر ويجب تطابق الشاهدين لفظهما
في المعنى واللفظ لا يوجب اختلافه في اي اختلاف في المعنى بان يتطابق
على افادة المعنى بطريق الوضع لا التضمن وعندهما يكفي الاتفاق في
المعنى حتى اذا ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين
وآخر بثلثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم المطابقة
لفظا وعندهما يقضي باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها معنى
فلو شهد احدهما بالنكاح وآخر بالتزويج قبلت لاتحادهما معنى
كذا الهبة والعطية ونحوهما ولو شهد احدهما بالف والآخر بالفين
او مائة ومائتين او طلقة وطلقتين او ثلث ردت لاختلاف المعنيين كما

اذا ادعى غصبا او قتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به حيث لا تقبل بخلاف
ما اذا شهد بالاقرار به حيث تقبل وقبلت على الالف في الالف والمائة اي في شهادة
احدهما بالالف والآخر بالالف ومائة ان ادعى المدعي الاكثر وهو الالف
ومائة لاتفاقهما في الالف وتفرد احدهما بمائة بخلاف ما اذا كان
يدعي الالف فقط حيث لا يقبل لان المدعي كذب من شهد بالزيادة
هذا الذي ذكرنا هو في الدين وفي العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد
ان هذا العبد له وآخر ان هذا له قبلت على العبد الواحد الذي اتفقا
فيه بالاجماع كذا في باب الشهادة في الشرح عن المحيط وفي العقد لا
اي لا يقبل مطلقا اي سواء كان على الاقل او الاكثر او كان المدعي
هو البائع او المشتري فلو شهد واحد بشراء عبد او كتابته بالالف
وآخر بالالف وخمسمائة ردت لان المقصود اثبات السبب وهو العقد
فالبيع بالالف غير البيع بالالف وخمسمائة فاختلف المشهود به فلا اختلاف في
الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد الشاهدين
كذا العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى
العبد في الصورة الاولى والقاتل في الثانية والراهن في الثالثة
والمرأة في الرابعة لان هؤلاء لا يقصدون اثبات المال بل اثبات
العقد وهو مختلف لما عرفت وان ادعى الآخر بان قال مولى العبد
اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الفا وقال ولي
القصاص صالحتك على الف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف
وكذا الباقيان فكدعوى الدين في وجوهها اذ ثبت العفو
والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين كذا في الهداية
والمدعي في الرهن اذا كان المرتهن كان دعواه في الدين بلا خلاف لان الرهن
لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر

على الشاهد لا فقط فالبيع بالالف غير البيع بالالف وخمسمائة منه

الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين كذا في الكفاية قال
صدر الشريعة ليس هذا كدعوى الدين لان الدين يثبت باقرار المديون
فيمكنه ان تعتبر عند احد الشاهدين بالالف وعند الآخر بالاكثر ويمكن ايضا
ان يكون الحق هو الاكثر لكنه قضى الزائد على الالف او يبرأ عنه عند احد
الشاهدين دون الآخر فالتوفيق بينهما ممكن اما ههنا فالمال يثبت
بتبعية العقد والعقد بالالف غير العقد بالاكثر فبقي على كل واحد منهما
فرد فلا تقبل كما في الطرف الآخر اقول جوابه ان المشبه لا يجب ان يكون في
حكم المشبه به بجميع الوجوه بل المراد بكونه كدعوى الدين ان الشاهدين
اذا كانا مختلفين لفظا لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان كانا متفقين معنى
وان ادعى الاكثر يقبل على الاقل وانما كان كذلك لان المال في هذه
الصور الاربع وان كان ثابتا بالعقد حين العقد وتابعا له لكن الامر
صار بالعكس حين الدعوى لما عرفت ان صاحب الحق اذا اعترف
بالعفو والعتق والطلاق والمدعي في الرهن اذا كان المرتهن
كان الدعوى في الدين ولا يعتبر العقد وان اعتبر بالتبع للدين
كما في الرهن فظهر ان قوله فالمال يثبت بتبعية العقد انما نشأ
من عدم التفرقة بين ثبوت العقد وزواله فتدبر والاجارة كالبيع
في اول المدة للحاجة الى اثبات العقد وكالدين بعدها والمدعي
هو الموجر اذ لا حاجة هنا الى اثبات العقد والنكاح يصح بالاقل
مطلقا اي سواء كان الدعوى من الزوج او المرأة والمدعي
يدعي الاقل او الاكثر وعندهما تبطل الشهادة ولا يقضى بشيء كما في
البيع لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بالالف
غير النكاح بالالف وخمسمائة ولنا ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح
بلا تسمية المهر ومن حكم التابع ان لا يغير الاصل الا يرى انه لا يبطل

قوله بين ثبوت العقد وزواله بين كون العقد مقصودا اصالة وبين كونه مقصودا تبعا واني

بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فاذا اتفقا على ما هو
الاصل وهو الملك والحل فوجب القضاء به واذا وجب بقي المهر مالا
منفردا فوجب القضاء باقل المقدارين كما في المال المنفرد شهدا بالف وقال
احدهما قضى خمسمائة قبلت بالالف لانهما اتفقا عليه كما اذا شهدا
بقرض الف وقال احدهما قضاه اي ذلك القرض قبلت الشهادة
على القرض لاتفاقهما عليه ورد قوله قضى كذا اي قضى خمسمائة في الاول
وقضى القرض في الثاني لانه شهادة فرد الا اذا شهد معه آخر اذ حينئذ يوجد
نصاب الشهادة ولا يشهد من علمه اي القضاء في الصورتين حتى
يقر المدعي بما قبض لئلا يكون اعانة على الظلم شهدا بقتل زيد يوم كذا
بمكة وشهد آخران بقتله فيه اي في ذلك اليوم بكوفة ردتا يعني ان
اربعة رجال اجتمعوا عند قاض فشهد اثنان منهم بما ذكر اولا و
آخران بما ذكر ثانيا ردت شهادتهما لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين
فان قضى باحديهما ردت الاخرى لترجح الاولى بالسبق شهدا
بسرقة بقرة واختلفا في لونها بان قال احدهما كانت بيضاء والآخر
كانت سوداء او قال احدهما كانت صفراء والآخر كانت حمراء قطع
وقالا لا يقطع لانهما اختلفا في المشهود به فيمتنع به القبول كما اذا
اختلفا في الذكورة والانوثة او اختلفا في اللون في الغصب بل اولى
لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت هنا حد يسقط
بها وله انهما اختلفا فيما ليس من صلب الشهادة ولهذا لو سكتا عن
ذكر اللون تقبل شهادتهما والتوفيق ممكن لان اللونين قد يجتمعان
بان يكون احد شقيها اسود والآخر ابيض ويرى احد الشاهدين احد طرفيها
والآخر الآخر بخلاف الذكورة والانوثة لانه لا يوقف عليهما بالقرب منه وعند القرب
لا يقع الاشتباه فلا يشتغل بالتوفيق وبخلاف الغصب لانه يقع

في النهار غالبا فيتمكن الشاهد من القرب من الغاصب فيتامل في جميع
الوان المغصوب فلا يشتغل بالتوفيق ملك المورث لم
يقض لوارثه بلا جر الشاهدين وبين معنى الجر بقوله بما مات وتركه ميراثا له
او في ملكه او في يده اعلم انهم اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الى
الجر والنقل وهو ان يقولا ان ملك المورث ملك للوارث لكن
الوراثة خلافة ولهذا يرده بالعيب ويرد عليه به فصارت الشهادة
بالملك للمورث شهادة للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد
في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث
الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل كيلا
يكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا الشهادة على قيام
يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان
اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه
ويبين ما كان بيده من المغصوب والودائع فاذا لم يبين فالظاهر من حاله
ان ما في يده ملكه فيجعل اليد عند الموت دليل الملك كذا اي كالجر في افادة
فايدته قولهما اي الشاهدين كان اي ما يدعيه هذا الوارث لابيه اعاره
او اودعه او آجره ذا اليد يعني اذا مات رجل فاقام وارثه بينة على دار
انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا
يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه
لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني
عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع
شهدا بيد حي منذ كذا ردت يعني اذا كانت دار في يد رجل فادعى آخر
انها له واقام بينة انها كانت في يده منذ شهر او سنة لم تقبل وعن ابي يوسف

كذا في المنح اوله وقال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول

انما تقبل لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو اقر المدعى
عليه به دفعت الى المدعي اتفاقا وانما ان هذه شهادة قامت
على مجهول وهو اليد فانها الآن منقطعة ويحتمل انها كانت يد
يد ملك او وديعة او اجارة او غصب فلا يحكم باعادتها بالشك الا
ان يقولا اي الشاهدان وانه اي المدعى عليه حدث اليد فيقضي له
اي للمدعي باليد ويؤمر اي المدعى عليه بالتسليم اليه اي المدعي عليه
به اي بزوال اليد عليه مقضيا عليه حتى لو برهن اي المدعى عليه
بعد على انه ملكه يقبل كذا في العادية وان اقر المدعى عليه به اي
بكونه في يد المدعي او شهدا انه اي المدعى عليه اخذه من يده اي المدعي — دفع الى المدعي
كذا في الكافي

باب الشهادة على الشهادة

اعلم ان جوازها استحسان والقياس يقتضيه لان اداءها عبادة بدنية
لزمت الاصل له حق للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات
البدنية لكنهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بشبهة لشدة الحاجة اليها
لان الاصل قد يعجز عن ادائها لموته او سفره ونحو ذلك فلو لم تجز لادى
الى ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة على
شهادة الفروع ثم وثم لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه
الا عند العجز عن الاصل وهنا كذلك ولذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات
كشهادة النساء مع الرجال و تقبل فيما لا يسقط بشبهة بشرط
تعذر حضور الاصل اي اصل الشاهد على القضية بموت او مرض
اي يكون مريضا مرضا لا يستطيع به حضور مجلس الحاكم او سفر اي
يكون غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فان جوازها للحاجة وانما تمس
عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلا مرية وعن ابي يوسف
انه ان كان في مكان لو غدا الى اداء الشهادة لا يقدر ان يبيت باهله

لكن لا يصير اي المدعي

او شهدا انه اي المدعى عليه اخذه من يد المدعي اي بانه كان في يده او ملكه

صح

مطلب نقل الشهادة

صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ
الفقيه ابو الليث وشرط شهادة عدد عن كل اصل كقول علي رض لا تجوز
على شهادة رجل الا شهادة رجلين وان لم يغاير فرعاهما يعني لا يجب ان
يكون لكل شاهدان متغايران بل يكفي شهادة شاهدين عن كل اصل
ثم بين كيفية الشهادة على الشهادة بان يقول الاصل مخاطبا للفرع اشهد
على شهادتي اني اشهد بكذا اي بان فلان بن الفلان اقر عندي بكذا مثلا
ويقول الفرع اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال اي فلان اشهد
على شهادتي بذلك اذ لا بد من شهادة الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر
التحميل والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهي وسطى العبارات
واطولها عند الاداء لفظا اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي
اشهد ان فلانا اشهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال و
اشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك
الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر منه
وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان
ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث والاستاذ ابي جعفر كذا في
العناية صح تعديل الفرع للاصل لانه ان كان عدلا صلح للتزكية والا لم
يصلح للشهادة لا يقال هو متهم لان شهادته نفذ لا تصح الا بتعديله لانا
العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه انما شهد
ليصير مقبول القول كاحد اي كما يصح تعديل احد الشاهدين الآخر لما ذكرنا
انه ان كان عدلا الى آخره وان سكت اي الفرع عن تعديل الاصل صح
نقلها اي نقل شهادة الاصل وان كان مستورا كذا في المحيط وعدلوا
اي يتعرف القاضي الذي يسمع شهادة الفروع عدالة الاصول ثم
هو اهل للتزكية كما اذا حضروا وشهدوا فان ثبت عدالتهم حكم والا

نقول

فلا

انكر الاصل شهادته بطل شهادة الفرع قال في الكافي معنى المسئلة انهم قالوا
ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفروع يشهدون
على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع
وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين
يعني خبر الاصل وخبر الفرع وقال الزيلعي معناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم
على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل
شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصل وخبر الفرع
لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين فلا يثبت التحميل مع الاحتمال
اقول قد وقعت العبارة في الهداية وشروحها وسائر المعتبرات
هكذا وان انكر شهود الاصل الشهادة موافقة لما في الكافي ولا يخفى
على احد مغايرة الاشهاد للشهادة فكيف يصح تفسيرها به ولعل منشاء
غلط قولهم لان التحميل لم يثبت للتعارض فان معنى التحميل هو الاشهاد
وخفي عليه ان التحميل لا يثبت ايضا اذا انكر اصل الشهادة بل هذا
ابلغ من انكار الاشهاد لانه كناية وهي ابلغ من التصريح شهدا عن اثنين
على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا بمعرفتها وجاء المدعي
بامرأة لم يعرفا انها هي قيل له اي للمدعي هات شاهدين انها هي
لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان
تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان يكون لغيرها فلا بد من اثباتها للحاضرة
فهذا اي قبيل تم من شهادة قاصرة يتمها غيرهم كذا الكتاب الحكمي
يعني ان القاضي اذا كتب الى قاضي آخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي
بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امرأة
عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة
فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة

ولو

٥٠٣

ولو قالا اي الشاهدان فيهما اي في المسئلتين المذكورتين لبيان النسبة
التميمية لم يجز حتى ينسباها الى الفخذ بسكون الخاء القبيلة الخاصة او
جدها اذ لا بد من التعريف وهو لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة الى بني
عامة اذ لا يحصى عددهم بخلاف النسبة الى الفخذ لانها خاصة حتى ان ذكره
يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فقام مقام الجد الادنى اشهد اي
الاصل على شهادته ثم نهاه اي الفرع عنها اي عن الشهادة على شهادته
لم يصح اي نهيه كما وان شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل
كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل على شهادة
ابنه على قضاء ابيه في الصحيح هذه المسائل الاربع من الخانية من
ظهر انه شهد زورا بان اقر على نفسه بانه شهد زورا او شهد بقتل رجل
او موته فجاء حيا او شهد برؤية الهلال فمضى ثلثون يوما وليس بالسماء
علة ولم ير الهلال ونحو ذلك عزر بالتشهير قال في الكافي اعلم ان
شاهد الزور يعزر اجماعا لان الفضل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب
كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين وليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا
الا انهم اختلفوا في كيفيته فقال ابو حنيفة تعزيره تشهيره فقط وقالا
يضرب ويحبس وهو قول الشافعي لانه روي عن عمر رضه انه ضرب شاهد
الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولدان شريحا كان يشهره ولا
يضربه فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي
بعد العصر في اجمع ما كانوا ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور
فاحذروه وحذروه وشريح كان قاضيا في زمن الصحابة ومثل هذا
التشهير لا يخفى على الصحابة فلم ينكر احد منهم فحل محل الاجماع

باب الرجوع عنها

هو ان يقول كنت
مبطلا فيها اي الشهادة ونحوه كان يقول رجعت عما شهدت به فيحكم

او شهدت بزور فلا يكون انكارها رجوعا كان الرجوع عنها يقتضي
سبق وجودها لا يصح اي الرجوع الا عند القاضي سواء كان هو الاول
او غيره لان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان
بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها يتقيد به
واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فاذا ادعى المشهود عليه
رجوعهما واقام عليه بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهد
لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان
على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس القاضي باطلة حتى
لو اقام البينة انه رجع عند قاض فلان وضمنه المال قبلت بينته
لصحة السبب وفي حكم بعد القضاء وقبض المال التعزير والتضمين
اما التعزير فلما مر واما التضمين اي تضمين ما اتلفاه بشهادتهما
فلاقرارهما على انفسهما بسبب الضمان وهو الشهادة الباطلة
والتناقض لا يمنع حكم اقراره على نفسه وانما قال وقبض المال لان
القاضي اذا قضى ولم يقبض المدعي مدعاه لا يجب الضمان لعدم
الاتلاف ولم ينتقض اي القضاء لانه كما لا يتحقق بالكلام المتناقض
لا ينتقض بالكلام المتناقض وحكم قبله اي قبل القضاء التعزير
فقط وقدم العبرة في حق الضمان للباقي لا للراجع هذا هو الاصل وقد
فرع عليه بقوله فان رجع احدهما ضمن النصف اذ شهادة كل منهما
بقوم نصف الحجة فبقاء احدهما على الشهادة يبقى الحجة في النصف
فيجب على الراجع ضمان ما بقي الحجة فيه وهو النصف ويجوز ان لا يثبت
الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء
الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض
النصاب وان رجع احد الثلثة لم يضمن اي الراجع اذ بقي من يبقى

بشهادته كل الحق وان رجع آخر ضمنا اي الراجعان النصف اذ بقي على
الشهادة من يبقى به نصف المال وان رجعت امراة من رجل وامراتين
ضمنت الربع اذ بقي على الشهادة من يبقى به ثلثة الارباع وان رجعتا ضمنتا
النصف لبقاء من يبقى به النصف وان رجعت ثمان من رجل وعشرة
نسوة فلا ضمان لبقاء من يبقى بشهادته كل المال وهو رجل وامراتان
وان رجعت اخرى ضمنت النسوة الربع لبقاء من يبقى به ثلثة ارباع
الحق اذ النصف يبقى بالرجل والربع بالباقية وان رجع الكل اي
الرجال والنساء فعليه السدس عنده والنصف عندهما وما بقي
وهو خمسة الاسداس في الاولى والنصف في الثانية عليهن على القولين
لهما ان النساء وان كثرن في الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد ولهذا
لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل وكان الثابت بشهادته نصف
المال وبشهادتهن نصفه وله ان كل امراتين تقومان مقام رجل واحد
فعشرة نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو شهد به ستة رجال ثم
رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا وان رجعن اي النسوة
العشرة فقط وبقي رجل فالنصف وفاقا اما عندهما فظاهر
لان الثابت بشهادتهن نصف المال وكذا عنده اذ بقي من يبقى
به نصف المال فصار كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة وضمن
رجلان شهدا مع امراة فرجعوا اي الكل لان المراة الواحدة ليست
بشاهدة اذ المراتان كشاهد واحد وكانت الواحدة فيه كبعض الشاهد
فكان القضاء مستندا الى شهادة رجلين بلا امراة ولا يضمن راجع
في النكاح بمهر مسمى مطلقا اي سواء شهدا عليها او عليه لان الاصل
ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما
لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض

يعدله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان
بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل فيما وراءه وان كان الاتلاف
بلا عوض اصلا فوجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول اذا ادعى
رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام عليه بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا
عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مهر مثلها او اقل
او اكثر لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله ولكن البضع
لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان
الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله في
ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره الا ما زاد على مهر مثلها
يعني ان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا
المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول
في ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا
يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة
للزوج لانهما اتلفا عليه قدر الزيادة بلا عوض ولا يضمن ايضا
راجع في البيع الا ما نقص من قيمة المبيع ان ادعى المشتري بان يقول
اشتريت هذا العبد من هذا الرجل بالف وهو يساوي الفين فانكر
المدعى عليه فشهد شاهدان ثم رجعا يضمنان للبائع الفا لانهما اتلفاه
عليه ولا يضمن ايضا راجع في البيع الا ما زاد على القيمة من الثمن ان
ادعى البائع بان يقول ان المشتري مني اشترى هذا العبد بكذا وعليه
الثمن وانكر المشتري فشهد شاهدان انه اشترى العبد بالفين وهو
يساوي الفا ثم رجعا يضمنان للمشتري الفا لانهما اتلفاه عليه ولا يضمن
في الطلاق قبل الوطء الا نصف مهر يعني اذا شهدا بالطلاق قبل الوطء ثم رجعا
يضمنان نصف المهر بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول لان المهر تأكد بالدخول

فلا

فلا اتلاف وضمن في العتق القيمة يعني اذا شهد على عتق عبد ثم رجع ضمن
قيمة العبد ~~وضمن في العتق القيمة يعني اذا شهد على عتق عبد~~ في القصاص
الدية يعني اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية
عندنا لا القصاص لانه جزاء مباشرة القتل ولم يوجد منهما ذلك وعند
الشافعي يقتص ويضمن الفرع برجوعه لان الحكم اضيف الى اداء
شهادته في مجلس القضاء فكان التلف مضافا اليه فيضمن لا بقولهم
بعد الحكم كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم كانهم لم يرجعوا
عن شهادتهم بل شهدوا على غيرهم بالرجوع ولا يلتفت الى قولهم
لان القضاء الممضى لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم كذا
في الكافي والاصل بقولهم لم نشهدهم يعني ان الاصول اذا رجعوا
بعد الحكم وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا اذ لم
يوجد من جهتهم سبب موجب للضمان لانكارهم سبب الاتلاف وهو
الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين
فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم انكروا
التحميل ولا بد منه وبقولهم اشهدنا وغلطنا يعني اذا قال الاصول
اشهدناهم لكن غلطنا فانهم لا يضمنون عند ابي ح وابي يوسف
لان القضاء لم يقع بشهادتهم بل وقع بشهادة الفروع وعند محمد
ضمنوا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فكانهم حضروا وشهدوا
ثم حضروا ورجعوا ولو رجع الكل اي الاصول والفروع ضمن الفروع
فقط عندهما لان سبب الاتلاف الشهادة القائمة في مجلس القضاء
وذا وجد من الفرع وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع
وتضمين الاصول لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث
ان القاضي عاين شهادتهم ووقع بشهادة الاصول من حيث ان

بالرجوع يعني ان المزكي

الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بامرهم وضمن المزكي ان رجع
عن التزكية ضمن عند ابي ح لان الحكم انما يضاف الى الشهادة والشهادة
انما تصير حجة بالعدالة وهي انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة
العلة كالرمي فانه سبب لمضي السهم في الهواء وهو سبب الوصول الى المرمي
اليه وهو سبب الجرح وهو سبب سراية الالم وهو سبب الموت ثم اضيف
الموت الى الرمي الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه احكام القتل من
القصاص والدية والكفارة وعندهما لا يضمنون لانهم اثنوا
على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا باحصانه
لا شاهد الاحصان يعني لو شهدوا بالاحصان ثم رجعوا لم يضمنوا
لانه شرط محض كما ضمن [illegible] اي بالرجوع شاهد اليمين لا الشرط يعني
ان شهد شاهدان باليمين وقال انه قال لعبده ان دخلت
الدار فانت حر او قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهي
غير مدخول بها وشهد آخران بوجود الشرط اي دخول الدار ورجع
الفريقان بعد الحكم فالضمان على شهود اليمين لا شهود الشرط
وهو قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف
انما حصل بالاعتاق والتطليق وهم الذين اثبتوا تلك الكلمة
والتعليق بالشرط كان مانعا فعند وجود الشرط اضيف الى علته التلف
لزوال المانع والله اعلم بالصواب

كتاب الصلح

اورده ههنا لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار
ولا للمدعي شاهد فالمناسب ان يورد بعد الاقرار والشهادة
هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح
بمعنى الاستقامة وشرعا عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول
بان يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا او من دعواك كذا على كذا

ويقول الآخر قبلت او رضيت او ما يدل على رضاه وقبوله وشرط العقل
وهو شرط في جميع التصرفات الشرعية فلا يصح صلح المجنون وصبي لا يعقل
لا البلوغ فصح من الصبي المأذون ان نفع او عرى عن ضرر بين يعني اذا
ادعى الصبي المأذون على انسان دينا فصالحه على بعض حقه فان لم يكن
عليه بينة جاز الصلح اذ عند انعدامها لا حق له الا الخصومة والحلف
والمال انفع له منهما وان كانت له بينة لم يجز لان الحط تبرع وهو لا يملكه وان
اخر الدين جاز سواء كان له بينة او لا لانه من اعمال التجارة والصبي
المأذون في التجارة كالبالغ ولا الحرية يعني ان حرية المصالح ليست
شرطا ايضا فصح اي الصلح من العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة
لكن لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل مطلقا
وحط بعض الثمن للعيب لما ذكر ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز
لما ذكر في الصبي المأذون ومن المكاتب فانه نظير العبد المأذون في جميع
ما ذكر لانه عبد ما بقي عليه درهم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا
فاصطلحا ان يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم تكن عليه بينة لم
يجز لانه لما عجز صار محجورا فلا يصح صلحه وشرط ايضا كون المصالح
عنه حقا للمصالح ثابتا في المحل لا حقا لله تعالى فتفرع على قوله ان يكون
المصالح عنه حقا للمصالح ~~ثابتا في المحل لا حقا لله تعالى~~ بقوله فلو
ادعت مطلقة على زوجها ان صبيا في يده ابنها منه وجحد
فصالحت عن النسب على شيء بطل لان النسب حق الصبي لا حقها
فلا يملك الاعتياض عن حق غيرها وفرع على قوله ثابتا في المحل بقوله
ولو صالح الكفيل بالنفس على مال على ان يبرئه من الكفالة بطل لان
الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس هو حق المطالبة بتسليم نفس
المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة

الولي فلا يجوز الصلح عنها بخلاف الصلح عن القصاص لان المحل هناك يصير
مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في المحل فيملك الاعتياض عنه
بالصلح كذا الصلح من الشفعة يعني اذا صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت
له على شيء على ان يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل اذ لا حق للشفيع في
المحل سوى حق التملك وهو ليس بامر ثابت في المحل بل هو عبارة عن الولاية
كما مر وفرع على قوله لا يستحق حقا فلو صالح عن حد بطل يعني لا يجوز ان يكون
المصالح عنه حق الله تعالى سواء كان مالا عينا او دينا او حقا ليس بمال حتى
لا يصح الصلح عن حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بان اخذ زانيا او سارقا من غيره
او شارب خمر فصالحه على مال على ان لا يدفعه الى ولي الامر لانه حق الله تعالى ولا
يجوز الصلح من حقه تعالى لان المصالح بالصلح يتصرف في حق نفسه اما
باستيفاء كل حقه او استيفاء بعضه واسقاط الباقي او بالمعاوضة
وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صالح من حد القذف بان قذف رجلا
فصالحه على مال على ان يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالغالب
حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم ثم علم بخلاف التعزير حيث يصح
الصلح لانه حق العبد والقصاص في النفس وفيما دونها لانه ايضا حق
العبد وشرط ايضا في حق العبد وشرط ايضا كون البدل مالا الاصل في
هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها بها روما
لتصحيح تصرف العاقد بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان
في معنى البيع فلا يصح الصلح عن الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم
ونحو ذلك لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح للعوض في البيع
لا يصلح عوضا في الصلح معلوما ان احتيج الى القبض والا لم يشترط
معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا
في حانوته فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه

بقوله

صح وان لم يبين كل منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة
كذا في الكافي او منفعة بان صالح على خدمة عبد بعينه سنة او ركوب دابة
بعينها او زراعة ارض او سكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون
في معنى الاجارة لانها تمليك المنفعة بعوض وقد وجد وحكمه وقوع
البراءة عن الدعوى لما مر انه عقد يرفع النزاع وهو اي الصلح اما باقرار
من المدعى عليه او سكوت منه بان لا يقر ولا ينكر او انكار وكل ذلك جائز
لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر العموم الاول اي الصلح باقرار
كبيع في احكامه لو وقع عن مال بمال لان حقيقة البيع مبادلة مال بمال
كما مر فيجري فيه اي في هذا الصلح احكامه اي احكام البيع وهي الشفعة
والرد بعيب وخيار رؤية وخيار شرط والفساد بجهالة البدل لانها
هي المفضية الى النزاع دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط والساقط
لا يفضي اليها وان استحق المدعى كله او بعضه رجع المدعى عليه على المدعي
بالبدل في الصورة الاولى او بعضه في الثانية يعني اذا ادعى زيد
على بكر دارا او بعضا منها وصالح بكر في الاول على الف وفي الثاني
على خمسمائة فاستحقت الدار كلها او بعضها رجع بكر على زيد في الاول بالالف
وفي الثاني بخمسمائة وان استحق البدل او بعضه رجع المدعي وهو زيد على
المدعى عليه وهو بكر بالمدعى وهو الدار او بعضها لان كلا منهما عوض
عن الآخر فايهما اخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان
بعضا فبالبعض كما هو حكم المعاوضة وكاجارة عطف على قوله كبيع
لو وقع الصلح عن مال بمنفعة لان العبرة للمعاني والاجارة تمليك المنفعة
بعوض وهذا الصلح كذلك فشرط التوقيت فيه وبطل بموت احدهما
في المدة كما هو حكم الاجارة وقدم والاخيران اي الصلح بسكوت والانكار
معاوضة في حق المدعي لانه يأخذ عوضا عن حقه في زعمه وفداء

وقطع نزاع في حق الآخر اذ لولاه لبقي النزاع ولزم اليمين وهذا في الانكار ظاهر
واما في السكوت فانه يحتمل الاقرار والانكار فلا يثبت كونه عوضا في
حقه بالشك ومع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة و
هو الاصل ولا شفعة في صلح عن دار مع احدهما يعني اذا ادعى رجل على
آخر دارا فسكت الآخر او انكر فصالح عنها بدفع شيء لم تجب الشفعة لانه
يزعم انه يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعي
عن نفسه لا انه يشتريها وزعم المدعي لا يلزمه وتجب اي الشفعة لو وقع
الصلح عليها اي على الدار بان يكون بدلا باحدهما اي الانكار و
السكوت لان المدعي يأخذها عوضا عن حقه فيعامل بزعمه والاقرار
مثلهما وان استحق المدعي او بعضه في صورة الصلح بسكوت
او انكار رد المدعي البدل اي بدل المدعي او بعضه وخاصم مع المستحق
لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه و
يبقى المدعي في يده بلا خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده
وظهر ايضا ان المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه ان استحق البدل
او بعضه رجع الى الدعوى في كله ان استحق كل العوض او بعضه لان
المدعي لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل
هلاك البدل قبل التسليم اي المدعي كاستحقاقه في الفصلين اي
فصل الاقرار وفصل السكوت والانكار فان كان عن اقرار
رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع الى الدعوى
صالح على بعض ما يدعيه لم يصح يعني اذا ادعى رجل على آخر دارا
فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح وهو على دعواه في الباقي
لان الصلح اذا كان على بعض المدعي كان استيفاء لبعض الحق
واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص

بالدين حتى اذا مات واحد وترك ميراثا فابرأ بعض الورثة عن نصيبه لم يجز لكونه براءة
عن الاعيان الا بزيادة شيء من البدل او الابراء عن دعوى الباقي هذا ما قالوا
من الحيلة في جواز الصلح على بعض المدعي وهي ان يزيد على بدل الصلح درهما
مثلا يكون مستوفيا لبعض حقه وآخذا العوض عن البعض او يلحق به ذكر
البراءة عن دعوى الباقي لان الابراء عن دعوى العين جائز صح اي
الصلح عن دعوى المال لانه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه وعن
دعوى المنفعة كان يدعي في دار سكنى وصية من صاحبها فجحد الوارث
او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة
جائز فكذا الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا
مختلفتي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد
جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز وقد مر في
كتاب الاجارة وعن دعوى الرق اي اذا ادعى على مجهول الحال انه عبده
فصالحه المدعى عليه على مال جاز وكان عتقا على مال مطلقا في حق المدعي
والمدعى عليه حتى يثبت الولاء لو وقع الصلح باقرار المدعى عليه و الا
اي وان لم يكن باقرار فقطع نزاع في زعم المدعى عليه وعتق بمال في زعم
المدعي حتى لا يثبت الولاء الا ان يقيم المدعي البينة فتقبل ويثبت
الولاء وعن دعوى الزوج النكاح وكان خلعا يعني صح الصلح اذا كان
الرجل هو المدعي والمرأة تنكر لامكان اعتبار الصحة فيهما بان يجعل في حقه
في معنى الخلع لان المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على اقرب عقد
اليه كما مر وفي حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة لا عن دعواها النكاح
اي لا يجوز الصلح اذا كان المدعي المرأة بان تدعي نكاحا على رجل فصالحها
على شيء وانما لم يجز لانه بذل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها
فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها وان لم

بجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت
دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض
فكان رشوة وقيل يجوز لانه جعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل
المهر لا الزيادة فسقط الاصل لا الزيادة ولا عن دعوى حد لما عرفت
ان الصلح لا يجري في حق الله تعالى ودعوى نسب لان الصلح اما اسقاط
او معاوضة والنسب لا يحتملهما ولا اذا قتل مأذون رجلا عمدا
وصالح عن نفسه لان نفسه ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها ثم
صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله
بعد الصلح لانه اذا صالح فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل
في حق المولى بل تأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه
مكلفا ولم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به
بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتله فكذا هذا
كذا في العناية وصح اي الصلح يعني صلح المولى عن نفس عبد له فعل ذلك
اي القتل عمدا لان عبده من كسبه فيجوز التصرف فيه بالتخلص
وصح صلح المكاتب عن نفسه لانه كالحر يخرج عن يد المولى وهذا لانه
ادعى احد رقبته فانه يكون خصما فيه واذا جنى عليه كان الارش له
واذا قتل لا يكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدى بها كتابته ويحكم
بحريته في آخر حيوته ويكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه
عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون ذكره الزيلعي وصح اي الصلح عن مغصوب
تلف باكثر من قيمته او بعرض يعني ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته
الف وهو استهلكه فصالحه على الفين او عرض جاز وعندهما لا يجوز
اذا كان بغبن فاحش لان حقه في القيمة فالزائد عليها ربوا ولان
حقه في الهالك باق ما لم يحكم القاضي بالضمان حتى اذا ترك التضمين

بقي

بقي العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه فاعتياضه اكثر من قيمته لا يكون
ربوا اذ الزائد على المالية يكون في مقابلة الصورة الباقية حكما لا القيمة
حتى لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالحا على الاكثر لم يجز لان الحق قد انتقل
بالقضاء الى القيمة وكذا الصلح بعرض صحيح وان كانت قيمته اكثر من قيمة
مغصوب تلف لعدم الربوا وصح في العمد باكثر من الدية والارش وفي
الخطاء لا لان الدية في الخطاء مقدرة والزيادة عليها تكون ربوا فيبطل
الفضل والواجب في العمد هو القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربوا
فلا يبطل الفضل هذا اذا صالح على احد مقادير الدية فان صالح على غيرها صح
لانه مبادلة بها لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين
كذا في الكافي كما في موسر اعتق نصفا له وصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته
يعني عبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالح عن باقيه باكثر
من نصف قيمته بطل الفضل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص
عليه كما مر في بابه وتقدير الشرع ليس بادنى من تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة
عليه ولو صالح عن باقيه بعرض صح مطلقا اي وان كان قيمته اكثر
من قيمة نصف العبد لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس
وكل بالصلح عن دم عمد او على بعض دين يدعيه من المكيلات
او الموزونات لزم بدله الموكل دون الوكيل لانه اسقاط محض فكان
الوكيل سفيرا محضا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه اي
الوكيل البدل فانه ح يكون مؤاخذا بالضمان لا بالصلح وفيما هو
كبيع وهو اذا كان الصلح عن مال بمال لزم وكيله لان الحقوق ح
ترجع الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان عن انكار
فلا يجب البدل على الوكيل كذا في الكفاية صالح فضولي وضمن البدل
او اضافه الى ماله بان قال على الف هذا او اشار الى نقد او عرض بلا نسبة

الى نفسه بان قال على هذا الالف او على هذا العبد او اطلق بان قال على الف وبعد
اى سلم صح اى الصلح فى هذه الصور وصار اى المصالح متبرعا هنا اى
فى الصورة الرابعة لانه فعله بلا اذن المدعى عليه وان لم ينقد اى لم يسلم
الفضولى البدل وقف اى صار الصلح موقوفا على الاجازة فان اجازه
المدعى عليه صح الصلح ولزمه البدل والا اى وان لم يجزه رد اى الصلح هذه صور على
تحصيلات الفضولى اما ان يضمن المال اولا فان لم يضمن فاما ان يشير الى نقد
او عرض اولا فان لم يشر فاما ان يسلم العوض اولا فالصلح جائز فى الوجوه
كلها الا الوجه الآخر وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى ماله ولم يشر اليه
ولم يسلمه الى المدعى حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة
اذ لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان
اجازه المدعى عليه جاز ولزم المشروط لالتزامه باختياره وان رده
بطل بخلاف سائر الوجوه فانها جائزة اما الاول فلان الحاصل للمدعى
على الذمة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولى
اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما الثانى فلانه
اذا اضافه الى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واما الثالث فلانه
اذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاما
بقبوله فلو استحق هذا العبد او وجد به عيبا فرده او وجده حرا او مدبرا
او مكاتبا فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع فى دعواه لان المصالح
لم يضمن واما الرابع فلان دلالة التسليم على رضى المدعى فوق دلالة
الضمان والاضافة الى نفسه على رضاه والحاصل انه لم يكن كما فى الوجوه
لم ينفذ صح الصلح على جنس اى عليه اى اذا كان بدل الصلح من جنس
ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مداينة جرى بينهما فالصلح
اخذ لبعض حقه وحط لباقيه لان تصرف العاقل البالغ يصحح ما امكن

وله

ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربوا فصح اى الصلح عن الف على خمسمائة
وعن الف جياد على خمسمائة زيوف فيجعل حطا للبعض فى المسئلة الاولى
وللبعض والصفة فى الثانية لان عين هذه الخمسة كانت مستحقة بذلك
العقد الذى للدين به وعن الف حال على الف مؤجل اذ لا يمكن جعله
معاوضة لان بيع الدراهم بالدراهم نسيئة لا يجوز فلا بد من حمله على تاخير
معنى الاسقاط وعن عشرة دراهم وعشرة دنانير على خمسة دراهم
حالة او مؤجلة اذ يعتبر حطا للدنانير كلها او بعض الدراهم وتاجيلا
للبعض لا معاوضة لان معنى الاسقاط لازم فى الصلح فاذا امكن ان يجعل
حطا واسقاطا لم يعتبر معاوضة لا عن دراهم على دنانير مؤجلة لان الدنانير
غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على تاخير حقه فيحمل على المعاوضة
وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز ولا عن الف مؤجل على نصفه
حالة لان المعجل غير مستحق بعقد المداينة فصار معاوضة والاجل
كان حق المديون وقد ترك بازاء ما حط عنه من الدين فكان اعتياضا
عن الاجل وهو حرام الا يرى ان ربوا النسيئة حرام لشبهة مبادلة المال
بالاجل فلان يحرم حقيقته اولى ولا عن الف سود على نصفه بيضا
لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة لان من له السود لا يستحق البيض
فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة فكان معاوضة الالف بخمسمائة
وزيادة وصف الجودة فكان ربوا ولا عن دين عليه على جنس غيره
بغير عينه لان الصلح على غير جنس الحق لا يكون الا معاوضة وجهالة
البدل تبطلها صالح عن كر حنطة على عشرة دراهم فان قبض اى
العشرة فى المجلس جاز اى الصلح لما عرفت ان الصلح فى صورة اختلاف
الجنس فى معنى البيع فيجب قبض احد العوضين فى المجلس والا فلا اى
وان لم يقبض العشرة فلا يصح الصلح لانه يكون بيع الدين بالدين

اذا المستحق هو المعجل والمؤجل غير مستحق فقد وقع
الصلح على ما لم يكن مستحقا بعقد المداينة

وهو باطل وان قبض خمسة وبقي خمسة فتفرق صح في النصف فقط لوجود
المصحح في ذلك القدر كذا العكس يعني لو صالح عن عشرة عليه على مكيل او
موزون فان قبض في المجلس جاز والا فلا لما عرفت قال ادفع الي خمسمائة
غدا على انك بري عن الباقي فان دفع غدا بري والا فلا اي ان لم يدفع لم
يبرا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يبرا لان الابراء حصل مطلقا
فيثبت البراءة مطلقا كما لو بداء بالابراء كما ياتي ولهما انه ابراء مقيد بالشرط
والمقيد به يفوت عند فواته وذلك لانه بداء باداء خمسمائة في الغد وانه
يصلح عوضا حذارا فلاسه او توسلا الى التجارة ارباح منه فصلح ان يكون
شرطا لجنس المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكنها قد يكون بمعنى الشرط
كما في قوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا وقد تعذر العمل بمعنى
المعاوضة فحمل على الشرط تصحيحا للتصرف وهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكر والثاني ما ذكره بقوله ولو قال صالحتك اي عن الالف على خمسمائة
يدفعها الي غدا وانت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالكل
عليك كان الامر كما قال يعني ان قبل وادى بري عن الباقي والا فالكل عليه
كما في الوجه الاول وهذا بالاجماع لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد
بطل والثالث ما ذكره بقوله ولو قال ابراتك عن خمسمائة من الالف
على ان تعطيني خمسمائة غدا برا وان وصلته لم يعطها لانه اطلق
الابراء واداء خمسمائة غدا لا يصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك
في تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا بداء باداء خمسمائة
لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا
ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك
فافترقا وذكر الرابع بقوله واذا لم يوقت اي لم يذكر لفظ غدا بل قال ادفع
الي خمسمائة على انك بري من الباقي بري لانه لما لم يوقت للاداء وقتا

لان الاداء واجب عليه في جميع الاوقات فيلغوا ذكر الاداء فيكون ابراء مطلقا م

لم

لم يكن الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في كل زمان فلم يتقيد بل حمل
على المعاوضة ولا يصلح غرضا بخلاف ما مر لان الاداء فيه غرض صحيح
كما مر وذكر الخامس بقوله وان علق صريحا لم يصح يعني اذا قال ان اديت الي
او متى او اذا فانت بري لم يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وهو
باطل لما مر في بيان ما يبطل بالشرط وما لا يبطل قال اي المديون سرا للدائن
لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط ففعل اي التاخير او الحط صح اي التاخير
والحط لانه ليس بمكره عليه اي الدائن صح انه بعد التاخير لا يتمكن من مطالبته
في الحال وفي الحط لا يتمكن من مطالبته ما حط ابدا ولو اعلن اي ما قال اخذ
الآن اي اخذ المال عن المقر في الحال بلا تاخير وحط الدين المشترك اذا قبض
احدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه هذا اصل كلي يتفرع عليه فروع يعني اذا كان
لرجلين دين على آخر فقبض احدهما شيئا منه ملكه مشاعا كاصله فلصاحبه
ان شاركه في المقبوض لانه وان ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة
القبض لكن هذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد
فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين
غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه
ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع
اذا اتحد الصفقة وثمن المال المشترك ونحو ذلك فرجعا على الغريم بالباقي
لان المقبوض اذا كان مشتركا بينهما فلا بد ان يكون الباقي كذلك وفرع
على الاصل المذكور بقوله فلو صالح احدهما عن نصيبه على ثوب اخذ
الشريك الآخر نصفه اي نصف الدين من غريمه لانه كان عليه ولم يستوف
فبقي في ذمته او اخذ نصف الثوب من شريكه لان الصلح وقع عن نصف
الدين وهو شائع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشريك
متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على اجازته واخذه النصف حال

علا كونه اصلا مذكور في الهداية والكافي فيظهر منه ان ايراد صاحب الوقاية اياه اثناء الفروع ليس كما ينبغي منه منه م

على اجازة العقد فيصح الا ان يضمن اى شريكه له ربع الدين لانه حقه فيه
ولو لم يصالح احدهما بل اشترى بنصفه اى بنصف الدين شيئا ضمنه
اى ضمن احدهما الآخر ربع اى ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة
بلا حط لان مبنى البيع على المماكسة فصار كقبضه نصف الدين فيكون
لشريكه ان يرجع عليه بالربع بخلاف الصلح لان مبناه على الحط والاغماض
ولهذا لا يملك بيعه مرابحة فكان المصالح بالصلح ابرأ عن بعض نصيبه
وقبض بعضه فاذا الزمناه دفع ربع الدين تضرر به المصالح لانه لم يستوف
تمام نصف الدين ولذا خيرناه وفي الابراء عن حصته اى اذا ابرأ احد
الشريكين ذمة المديون عن حصته وفي المقاصة بدين سبق اى اذا كان
للمطلوب على احد الطالبين دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه فصار
قصاصا لم يرجع الشريك على المديون بحصته في الصورتين اما في الاولى فلان
الابراء اتلاف وليس بقبض فلم يزد نصيب المشترك بالبراءة فلم يرجع عليه واما
في الثانية فلانه قضى دينا كان عليه فلم يقبض لان الاصل في الدينين
اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثاني والمشاركة انما تثبت
في الاقتضاء وفي بعضها قسم الباقي على سهام اى لو ابرأه عن بعض
حصته كان قسمة الباقي على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا
القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه احد الشريكين
عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة
صالح عن عيب فظهر عدمه او زال بطل الصلح كما في العمادية اذا ادعى
عيبا في جارية اشتراها وانكر البائع فاصطلحا على مال على ان يبرئ
المشتري البائع من ذلك العيب ثم ظهر انه لم يكن بها عيب او كان
ولكنه قد زال فللبائع ان يسترد بدل الصلح صالح احد ربي السلم
عن نصيبه على ما دفع فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده

رد يعني اذا اسلم رجلان رجلا آخر في طعام ثم صالح احدهما مع المسلم اليه على ان
يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي ح
ومحمد الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا
بينهما وما بقي من السلم كان مشتركا بينهما ايضا فان لم يجز فالصلح باطل
وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا
صالح المديون من نصيبه على بدل جاز فكان الآخر مخيرا بين ان يشارك
في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك هنا ولهما انه لو
جاز فاما ان يجوز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فعلى الاول
لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا
يتميز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر
لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه اخرج احد الورثة عن عقار او
عرض بمال او اخرج عن ذهب بفضة او بالعكس اى عن فضة بذهب
او عن نقدين بهما اى بالنقدين بان كان في التركة دراهم ودنانير وبدل
الصلح ايضا دراهم ودنانير صح اى الصلح صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في
البيع قل بدله او لا اى لا يعتبر في النقدين التساوي بل يعتبر التقابض
في المجلس لانه صرف فان وجد صح والا فلا وفي النقدين وغيرهما باحد النقدين
لا اى اذا كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة
لم يجز لاحتمال الربوا الا اذا كان المعطى اكثر من حصته من ذلك الجنس لتكون
حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صونا عن الربوا فلا بد
من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا
القدر وبطل ان شرط لهم الدين من التركة يعني اذا كان في التركة دين على
الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم بطل
الصلح لانه يصير مملكا حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ منهم من العين

وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان بعوض واذا بطل حصة
الدين بطل في الكل الا اذا شرطوا براءة الغرماء منه اي من الدين ولا يرجع
عليهم بنصيب المصالح فحينئذ يصح الصلح لانه حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه
الدين او قضوا نصيب المصالح منه اي من الدين تبرعا ثم يصالحوا عما بقي
من التركة فانه يجوز ولا يخفى ما فيهما من ضرر ببقية الورثة قال وفي ما ذكره بقوله
او اوصوا اي المصالح قدر حصته منه اي من الدين وصالحوا من غيره
واحالهم اي احال المصالح الورثة بالقرض كذي اخذه منهم على الغرماء
ويقبلون الحوالة واختلف في صحة الصلح عن تركة مجهولة لا دين
فيها فقوله على مكيل او موزون متعلق بالصلح يعني اذا لم يكن في التركة دين
واعيانها غير معلومة واريد الصلح على مكيل او موزون قيل لا يصح
لاحتمال ان يكون في التركة مكيل او موزون وان كان فيحتمل ان يكون
نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار
شبهة الشبهة ولا عبرة بها وصح في الاصح عن تركة مجهولة في يد البقية
وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لا يصح البيع
والله اعلم

كتاب القضاء

اورده بعد الصلح لانه انما يحتاج اليه اذا لم يكن بين المتخاصمين صلح وهو
لغة الاحكام وشرعا الزام على الغير ببينة او اقرار او نكول لان حقيقته
فصل الخصومة وهو انما يكون به واهله اهل الشهادة لان كلا منهما
الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم
فشرط اهلية القضاء شرط اهلية الشهادة وقدم ذلك
في كتاب الشهادة والفاسق اهلها فيكون اهله لكنه لا يقلد
اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان
المقلد آثما كما يصح قبول شهادته لوجود اصل الاهلية ولا تقبل

لما ذكر حتى لو قبل القاضي وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفي الفتاوى القاعدية
هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ اختلف في كون
المصر شرطا في نفاذه وكون القسمة من اعمال المصر شرط لنفاذ القضاء في
ظاهر الرواية وفي رواية النوادر ليس بشرط وكثير من مشايخنا اخذوا برواية
النوادر باعتبار الحاجة ولو امر رجلا بالقسمة في الرستاق جاز باتفاق
الروايات لان القسمة ليست من اعمال القضاء وكذا اذا خرج الى
القرى ونصب قيما في امور الصغار او الوقف او نكاح الصغار
كذا حكي فتوى ظهير الدين المرغيناني لانه ليس بقضاء ولا من
اعمال القضاء قال في الفصل الحادي والثلاثين من شهادات
المحيط هذا مشكل عندي لان القاضي انما يفعل ذلك بولاية القضاء
الا يرى انه لو لم يؤذن له بذلك لم يملك فكان من جملة القضاء اخذ القضاء
رشوة لا ينفذ حكمه قال في العمادية اذا اخذ القضاء رشوة هل يصير قاضيا
اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه
وان كان عدلا ففسق باخذها يستحق العزل لوجود سبب الاستحقاق
وقيل ينعزل لان المقلد اعتقد عدالته فلم يرض بقضائه بدونها
وقال قاضي خان اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى
وينبغي ان يكون موثوقا به في عفافه وهو الاحتراز عن
الحرام وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة وهي ما يروى عن النبي عليه السلام
والآثار وهي ما يروى عن الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ووجوه
الفقه اي مسائل متعلقة باحكام الوقائع والاجتهاد شرط الاولوية
لا الجواز كذا المفتي يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة
ولا يشترط فيه الاجتهاد ولا يطلب القضاء اي بالقلب ولا يسأل اي باللسان
لقوله عم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه

ملك سدده اي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب ويختار الاقدر والاولى
اي ينبغي للمقلد ان يختار للقضاء والاولى اي ينبغي للمقلد ان يختار
للقضاء من هو اقدر واولى به ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا
لانه خليفة رسول الله عليه السلام في القضاء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من قلد غيره عملا وفي رعيته من هو اولى به منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين وعمل القضاء من اهم امور الدين واعمال المسلمين
ويكره التقليد اي اخذ القضاء لمن خاف الحيف اي الجور والظلم على غيره
وان امن منه لا يكره وقيل يكره بلا اكراه لقوله عم من ابتلي بالقضاء
فكانما ذبح بغير سكين وقيل قد ازدراه بعض القضاة فقال كيف يكون
هكذا ثم دعى في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض اشعار
ذقنه فعطس فاصابه الموسى حلقه والقى رأسه بين يديه كذا في الكافي
ويجوز تقلده من الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة تقلدوا
القضاء من معاوية رض بعد ان ظهر الخلاف لعلي رض مع ان الحق
كان مع علي رض وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون
تقلدوا من الحجاج مع كونه اظلم زمانه ومن اهل البغي قال في العمادية
التقلد من اهل البغي يصح ويجوز اذا استولى الباغي لا ينعزل قضاة
العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا ينفذ
قضاياهم بعد ما لم يقلدهم السلطان العدل فان تقلد طلب ديوان
قاض قبله وهي الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونحو
ذلك لان القاضي يكتب نسختين احدهما يكون في يد الخصم والاخرى
في ديوان القاضي اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعاني وما في يد الخصم
لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان ثم الورق الذي كتب عليه القاضي
المعزول هذه النسخ ان كان من بيت المال يجبر على دفعه لانه

انما

٥١٤

انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره وكذا ان كان من ماله ومال الخصومة
في الصحيح لانه ما اتخذه للتمول بل للتدين وكذا الخصوم تركوه في يده
في عمله وقد انتقل العمل الى غيره والزم محبوسا اقر بحق او اقام عليه بينة
يعني ينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا للمسلمين فمن اقر بحق
او انكر فقامت عليه بينة الزمه اياه ولا يقبل قول المعزول الا ببينة
لانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا
اذا كانت بفعل نفسه والا اي وان لم يقر ولم يقم عليه بينة نادى عليه
اي لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اي يأمر مناديا ينادي كل يوم
اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس لفلان في حق فليحضر
حتى يجمع بينهما فاذا لم يظهر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه وخلاه اي اطلقه
ونظر في الودائع وغلات الوقف التي وضعها المعزول في ايدي الامناء
وعمل بالبينة او اقرار ذي اليد لان كل ذلك حجة لا بقول المعزول الا
ان يقر ذو اليد بالتسليم منه اذ ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي
فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال لان من في يده مال اذا اقر به لانسان
يقبل اقراره وجلس للحكم في مسجد والجامع اولى لانه اشهر مواضع البلدة
او يجلس في داره واذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبله
لان الجلوس في داره وحده يورث التهمة ورد اي لم يقبل هديته
لان قبولها يؤدي الى مراعاة المهدي الا من ذي رحم محرم او ممن
اعتاد مهاداته اي لا يرد منهما قدر ما عهد اي جرت عادته قبل القضاء
بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة
ان لم تكن لهما خصومة اذ لو كانت اكلا بقضائه وشهد الجنازة
لانه من حقوق المسلم على المسلم لا الدعوة الخاصة وهي ما لو علم
المضيف ان القاضي لا يحضر ما لا يتخذها لان الخاصة لاجل القضاء

الكانت مع

الهدية ما ياخذه القاضي بلا شرط اعانة و الرشوة ما ياخذه بشرط اعانة شرح مجمع لابن ملك ٢

بخلاف الطعام ويعود مريضا لانه ايضا من جملة الحقوق ويسوي بين
الخصمين جلوسا واقبالا لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو
بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه
حجة للتهمة ولا يضحك في وجهه لانه اغراء على خصمه ولا يمزح مطلقا اي
لا يمازحهما ولا واحدا منهما ولا غيرهما لانه يزيل مهابة القضاء وهذا احسن
مما قال في الوقاية ولا يمزح معهم لما قال في الكافي ولا يمزح معهم لما قال في الجامع
ولا يمزح معهم ولا مع غيره ولا يلقنه حجة ولا يلقن الشاهد شهادته بان يقول اتشهد
بكذا وكذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف
فيما لا تهمة فيه لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء
للحق بمنزلة احضار الخصم والتكفيل واذا ثبت الحق على الخصم باقراره
او ببينة امره اي القاضي المؤيد بدفعه اي دفع الحق فان ابى اي امتنع
عن الدفع حبسه شرط الاباء بعد امره ولم يفرق بين اذا ثبت الحق عليه
ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما
ثبت لظهور المطل بالانكار وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه اذ لم يعرف
كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال
فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر الشهيد
والمحكي عن شمس الائمة عكسه لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر ويقول ما علمت
ان له علي دينا الا الان فاذا علمت قضيت ولا يتاتى ذلك في الاقرار
والاحسن ما ذكر ههنا كما لا يخفى قال الزيلعي قدر ما يرى اختلف في تقدير مدة
الحبس والصحيح انه مفوض الى راي القاضي لان الحبس للايذاء واحوال
الناس فيه متفاوتة بطلب ذي الحق متعلق بقوله حبسه وكذا قوله فيما
لزمه متعلق به بدلا عن مال حصل له كثمن مبيع وقرض او التزمه بعقد
كالمهر المعجل وبدل الخلع ودين الكفالة لان المال اذا حصل في يده ثبت

غناؤه

٥١٥

غناؤه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره وفي غيرها من الديون لا اي
لا يحبسه ان ادعى الفقر اذ لا دليل على اليسار الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه
قدر ما يراه كما مر لان دليل اليسار اذا لم يوجد كان القول لمن عليه الدين
وعلى المدعي اثبات غناه فيحبسه ثم يسأل عنه فان لم يظهر له مال اطلقه فنظرة
الى ميسرة فيجب بعده يكون ظلما ولم يمنع غرماءه عنه لان ثبوت حقه عليه
لا يمنع طلب الآخر حقه منه ولا تقبل بينة على افلاسه قبل حبسه لانها بينة
على النفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط
وبينة اليسار اولى يعني اذا اقام المدعي بينة على اليسار والمدعى عليه
على الاعسار فبينة اليسار اولى لانه عارضي والبينة للاثبات وابد
حبس المؤسر لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع عن اداء الحق مع القدرة
عليه ظهر ظلمه فيجازى بتأبيد حبسه لا يحبس لنفقة ماضية لزوجته وولده
لانها تسقط بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح
الزوجان عليها فلا يحبس ايضا لانها ليست ببدل عن مال ولا لزمه
بعقد على ما ذكرناه بل يحبس في الانفاق عليهما اذا ابى عن الانفاق لان
النفقة لحاجة الوقت وفي تركه قصد اهلاكهما تقضي المرأة في غير حد وقود
لما مر من شبهة البدلية ولا يستخلف قاض اي لا ينصب نائبا لان المفوض اليه
القضاء لا التقليد ولا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بلا اذن
الموكل الا اذا فوض اي الاستخلاف اليه بان قيل له من قبل السلطان ول
من شئت بخلاف المأمور باقامة الجمعة وهو الخطيب فانه يستخلف
في الصلوة للضرورة لكونها على شرف الفوات فلو لم يجز لفاتت الجمعة
من سمع الخطبة مفعول يستخلف وقد مر تحقيقه في باب صلوة الجمعة
وفرع على قوله الا اذا فوض اليه بقوله فنائب القاضي المفوض اليه نائب
عن الاصيل يعني السلطان فلا يعزله اي اذا كان نائبا عن الاصيل

اي القضاء يستفاد من الشهادة وشهادتها جايزة في غيرهما فكذا قضاءها فيه ولا يجوز فيهما لما فيهما

لا يولي القاضي إلا إذا فوض إليه بأن قيل من قبل السلطان استبدل من
شئت فحينئذ يجوز له العزل ولا ينعزل أي نائب القاضي بخروجه أي القاضي
عن القضاء هذا تفريع على ما قبله ونائب غيره أي غير المفوض إليه إن قضى
عنده أو أجازه أي لم يقض عنده لكنه سمع أنه قضى في غيبته وأجازه
صح قضاؤه لأن المقصود حضور رأي الأول وقد وجد يعني حكم قاض
آخر يعني إذا رفع إليه حكم قاض أمضاه مجتهدا فيه إلا ما خالف الكتاب أو السنة
المشهورة أو الإجماع كذلك فرية لا حد الاجتهادين على الآخر وقد تأيد
الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى قاض بشاهد
ويمين المدعي وبثبوت حل الوطء بمجرد النكاح في مطلقة الثلث
أو بجواز بيع متروك التسمية عمدا أو بجواز بيع درهم بدرهمين
لا ينفذ أما الأول فلمخالفته الكتاب لأنه تعالى قال واستشهدوا شهيدين
من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان هذا إنما يذكر لقطع الحكم
ولأنه قال ذلك أدنى ألا ترتابوا ولا مزيد على الأدنى وأما الثاني فلأنه مخالف
للحديث المشهور وهو حديث العسيلة وأما الثالث فلأنه مخالف
لما اتفقوا عليه في الصدر الأول فكان قضاؤه بحله في الإجماع وأما الرابع
فلأن الخلاف فيه منقول عن ابن عباس رض وقد أنكر عليه الصحابة فلا يعتبر
خلافه كذا في الكافي وقد فرع على قوله يمضي حكم قاض آخر بقوله فإن أمضى جزاء
هذا الشرط قوله الآتي نفذ قضاء من حد في قذف قتاب وقضاء الأعمى أو
قضاء امرأة في غير حد أو قود متعلق بقوله قضاء أو قضاء قاض لأمر أته
أو قاض بشهادة المحدود التائب وبشهادة الأعمى أو قاض لامرأته بشهادة
زوجها أو قاض بحد أو قود بشهادتها أي بشهادة امرأة نفذ لأن كلا منها مجتهد
فيها ولم يخالف ما ذكر حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث لأن الاجتهاد الأول كالثاني
والأول تأيد باتصال القضاء به فلم ينقض باجتهاد لم يتأيد به ثم جونه والقضاء

اذا كان صح

٥١٦

حق الشرع يجب صيانته ومن صيانته أن يلزم ولا يعترض عليه وأما قضاء
عبد وصبي مطلقا أي سواء كان على مسلم أو كافر وقضاء كافر على مسلم فلا
ينفذ أبدا لانتفاء أهلية الشهادة فيهم عليه يوم الموت لا يدخل تحت
القضاء بخلاف يوم القتل يعني إذا ادعى رجل أن أباه مات في يوم كذا
وقضى به فادعت امرأة أن الميت تزوجها بعد ذلك اليوم سمع وقضى
بالنكاح ولو ادعى قتله فيه وقضى به لم يسمع دعواها النكاح بعده كذا
إن ادعى أن فلانا مات وترك هذا ميراثا لأخي وماتت وتركت ميراثا لي
وقضى له بالبينة فقال المدعى عليه إن أمك التي تدعي الإرث عنها ماتت
قبل فلان الذي تدعي أنه مات أولا وأقام البينة لم يصح الدفع وسره
أن القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث أنه موت
ليس محلا للنزاع لم ينفع بإثباته بخلاف القتل فإنه من حيث هو هو محل
للنزاع كما لا يخفى القضاء بحل أو حرمة بشهادة زور ينفذ ظاهرا وباطنا
إذا ادعاه بسبب معين يعني العقود كالبيع والشراء والإجارة والنكاح
والفسوخ كالإقالة والفرقة بطلاق ونحوه فإنه ينفذ فيها عند
أبي ح ظاهرا وباطنا وعند الباقين ينفذ ظاهرا لا باطنا بخلاف
الأملاك المرسلة وهي التي لم يذكر فيها سبب معين فإنهم أجمعوا أنه
ينفذ فيها ظاهرا لا باطنا لأن الملك لا بد له من سبب وليس بعضها
أولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقا على القضاء
بطريق الاقتضاء وفي النكاح والشراء يقدم النكاح والشراء تصحيحا
للقضاء وفي الهبة والصدقة روايتان عن أبي ح والمراد بالنفاذ
ظاهرا أن يسلم القاضي المرأة نفسها للرجل ويقول سلمي نفسك
إليه فإنه زوجك وبالنفاذ باطنا أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين
فيما بينها وبين الله تعالى لهم أن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا

فينفذ القضاء كذلك لان القضاء ينفذ بقدر الحجة ولما روي ان رجلا
ادعى على امراة نكاحا بين يدي على رض واقام شاهدين وقضى بالنكاح
بينهما فقالت ان لم يكن بد لي يا امير المؤمنين زوجني منه فقال على رض
شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضاء لما امتنع من تجديد
النكاح عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصنها من الزنا وكان
الشهود زورا بدليل القصة القضاء في مجتهد فيه لبناء في قول بخلاف
راية متعلق بالقضاء المراد بخلاف الراي خلاف اصل المذهب كالحنفي اذا
حكم على مذهب الشافعي او نحوه او بالعكس واما اذا حكم الحنفي بما ذهب اليه
ابو يوسف او محمد او نحوهما من اصحاب الامام فليس حكما بخلاف رأيه لو كان
قضاؤه ناسيا مذهبه ينفذ عند ابي حنيفة ولو عامدا ففيه روايتان
وجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو
خطاء عنده قيل عليه الفتوى قال في الهداية وقيل الفتوى على النفاذ فيهما
في الفتاوى الصغرى اذا قضى القاضي في محل الاجتهاد وهو لا يدري ذلك بل يرى
خلافه ينفذ عند ابي حنيفة وعليه الفتوى كذا في الكافي ولا يقضي على غايب لقوله
عليه السلام لعلي رض لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر ولان القضاء
لقطع المنازعة ولا منازعة ههنا لعدم الانكار فلا يصح القضاء الا بحضور
نايبه حقيقة كوكيله ووصيه او شرعا كوصي القاضي او حكما بان يكون ما يدعي على
الغايب سببا لما يدعي على الحاضر فينتصب الحاضر خصما عن الغايب ويصير القضاء
عليه كالقضاء على الغايب كما اذا برهن على ذي يد انه اشترى المدعى من فلان الغايب
فحكم على الحاضر كان حكما على الغايب يعني ادعى عينا في يد غيره انه اشتراها من فلان
الغايب واقام البينة على ذي اليد وقضى به ثم حضر الغايب وانكر ذلك لا يلتفت
الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه صار مقضيا عليه فان المدعي لا
يتوسل الى اثبات حقه على الحاضر الا باثباته على الغايب ولو كان ما يدعي على

الغايب شرطا لما يدعيه على الحاضر لا اي لا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغايب
اذا كان فيه ابطال حق الغايب كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت
طالق فاقامت زوجة الحالف ان فلانا طلق امرأته ووقوع الطلاق عليها لا تقبل بينتها
في الاصح لان فيه ضررا على الغايب لابطال نكاحه بخلاف ما لو لم يتضمن ضررا كما لو علق
طلاقها بدخول فلان الدار فانه تقبل لعدم تضمنه ابطال حق الغايب وههنا زيادة
تفصيل ذكر في المنية فمن اراده فلينظر فيها واما اذا قضى عليه اي على الغايب متعلق
بقوله لا يقضي على غايب فقيل ينفذ وقيل لا في العمادية الحكم على الغايب ينفذ
عند الشافعي وينفذ عندنا في احدى الروايتين قال في الذخيرة اذا استوفقت بالدين فولاية
البيع للقاضي لا الورثة اذ لا ملك للورثة فيها فلا يكون لهم ولاية البيع يقرض
اي القاضي مال الوقف والغايب واليتيم ويكتب اي الصك لذكر الحق لا الاب
الوصي اي لا يقرض لا الاب مال ابنه والوصي مال اليتيم والفرق ان في الاقراض مصلحة
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على التحصيل بخلاف الاب
والوصي فقضى بالجور متعمدا او اقر به فالغرم عليه في ماله ولو قضى بالجور خطاء فعلى
المقضي له كذا في التاتارخانية والواقعات للصدر الشهيد حكما اي جعل الخصمان
بينهما حكما من صلح قاضيا اي لم يتصف بما ينافي القضاء فحكم بينهما ببينة او
اقرار معنى الحكم بالبينة رفع نزاع بينهما ومعنى الحكم بالاقرار الالزام على المقر
بموجبه ذكره في النهاية او نكول في غير حد او قود او دية على العاقلة ورضيا بحكمه
صح لان الاصل ان حكم المحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم
به الا فلا واستيفاء الحد والقود والدية لا يجوز بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما
ولا يفتى به اي بصحته في غير ما ذكر لئلا يتجاسر العوام فيه كذا اي صح اخباره باقرار
احد الخصمين وبعدالة شاهد حال ولايته اي بقاء تحكيمهما لا اي لا يصح اخباره
بحكمه لانقضاء ولايته كالقاضي المعزول اذا قال قضيت عليك بكذا ولكل منهما
الرجوع قبل حكمه لانه يحكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان قيل

اي حليه
زيادة
مصلحة
القضاء

التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا شرط وجود
الشيء لا يجب ان يكون بجميع اجزائه شرطا لبقاء ذلك الشيء كما في البناء لا يعدم
اي لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل
لا يبطل قضاؤه لا يصح حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي المولى اذ لا تقبل شهادته
لهم للتهمة فاولى ان لا يصح قضاؤه لهم بخلاف حكمهما اي المولى والمحكم عليهم حيث يجوز
لعدم التهمة فيه وان حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما بدون الآخر
لم يجز لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والرضا برأي المثنى فيما يحتاج فيه الى الرأي لا يكون رضا برأي
الواحد كما في البيع والخلع ونحوهما رفع حكمه الى المولى ان وافق مذهبه امضاه اذ لا
فائدة في نقضه ثم في ابرامه والا اي ان خالف ابطله عرف بين هذا وبين ما اذا رفع
الى القاضي قضية قاض آخر فانه لا يرده وان خالف رأيه اذا كان ذلك في فصل مجتهد
فيه وجهه ان المحكم له ولاية على المحكمين دون غيرهما والقاضي الذي رفع اليه حكم المحكم
فلا يكون حجة عليه وكان كالصلح فله ان يرده ان خالف رأيه واما القاضي فله ولاية
على كل الناس فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يكون حجة عليه وكان كالصلح فله ان
يرده ان خالف رأيه واما القاضي فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة في حق
الكل فلا يكون لهذا القاضي ان يرده اذا صادف القضاء محله بان يكون
فصلا مجتهدا فيه فائدة اذا غاب المدعى عليه بعد ما سمع القاضي البينة عليه
او غاب الوكيل بالخصومة بعد قبول البينة قبل التعديل او مات الوكيل ثم
عدلت تلك البينة قيل لا يقضي وقيل يقضي وقال شمس الائمة وهذا ارفق
بالناس ولو اقر المدعى عليه ثم غاب يقضي عليه بالاتفاق في قولهم وان غاب الوكيل
او مات بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الموكل يقضي عليه بتلك البينة وكذا
لو غاب الموكل ثم حضر الوكيل فانه يقضي عليه بتلك البينة وكذا لو مات المدعى
عليه بعد ما اقيمت عليه البينة يقضي بها على الوارث وكذا لو اقيمت البينة
على نائب الصغير ثم بلغ الصغير يقضي بها عليه ولا يكلف باعادة البينة

وكذا لو اقيمت البينة على احد الورثة ثم غاب يقضي بها على الوارث الآخر ح

كذا

كذا في الخانية **باب كتاب القاضي** قال في الهداية
باب كتاب القاضي الى القاضي ثم قال وان شهدوا على خصم حكم بالشهادة
لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وقال في النهاية المراد بالخصم هو الوكيل
على الغائب او الشخص الذي جعله وكيلا لاثبات الحق ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه
لما احتيج الى كتاب القاضي لان حكم القاضي قد تم على الاول **اقول** لا يخفى ما فيه من
التكلف والاحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات
في هذا الباب بل توطئة لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم ونظائره كثيرة وتركه
هنا قوله الى القاضي لان هذا الباب غير مختص به بل يعم فلهذا يستجل في المحضر
والصك والوثيقة شهدوا على خصم حاضر حكم اي القاضي بها اي بشهادتهم وكتب
اي بحكمه وهو السجل في المغرب السجل كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي والسجل
كتب قاضي ذكر فيه حكمه سواء كان منه الى قاض آخر اولا والكتاب هو الاول يكون
في صورة الاستحقاق فان المدعى عليه اذا كان محكوما عليه واراد الرجوع على بائعه
وهو في بلدة اخرى وطلب من القاضي ان يكتب حكمه الى قاضي تلك البلدة ليحصل
حقه يكتبه القاضي ويكون ايضا سجلا لتضمنه الحكم او شهدوا على خصم غائب لم
يحكم بتلك الشهادة لما ان القضاء على الغائب لا يصح وكتب بها اي بتلك الشهادة
الى القاضي يكون الخصم في ولايته ليحكم المكتوب اليه هو الكتاب الحكمي يسمى به لان
المقصود به حكم المكتوب اليه وكتاب القاضي الى القاضي يقبل شهادة حقيقة
لان مضمونه ذلك ويقبل فيما لا يسقط بشبهة احتراز عن الحدود والقود ونحوهما بيانه
كالدين فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة والعقار فانه
يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة والنكاح بان ادعى رجل نكاحا على
امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضي بذلك الى قاض آخر والطلاق بان ادعت
طلاقا على زوجها والعتاق والوصية والنسب من الحي والميت والمغصوب
والامانة والمضاربة المجحودتين والشفعة والوكالة والوفاة والعقار اذا كان

موجبه المال كالبيايذ انه لا يقبل في القود والوراثة فان ذلك بمنزلة الدين
وكالمنقول في المختار انما قال في المختار لما قيل انه لا يقبل في الاعيان المنقولة
كالثياب والعبيد والاماء ونحوها للحاجة الى الاشارة فيما ينقل عند الدعوى
والشهادة وقال في المحيط رجع ابو يوسف عن القول الاول وقال انه يقبل
في العبد لا الامة لان الاباق يغلب في العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما بشرائط
وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال القاضي الاسبيجابي وعليه
الفتوى كذا في الكافي لا في حد وقود اي لا يقبل فيهما لان فيه شبهة البدلية عن
الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما ورد عطف
على قوله وكتب اليه الحكم اي اسم القاضي الكاتب ونسبه واسم المكتوب اليه ونسبه
واسماء الشهود وانسابهم وان كان كل واحد منهم شهد عند الدعوى القاضي
عن فلان بن فلان [illegible] لا يصح الاقتصار على قوله عند الدعوى
ولا يكفي ان يكتب عن فلان ذلك وعند الاستشهاد حتى اذا شهد شاهد قبل
الاستشهاد لا يقبل شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى قد قرئ في كتاب
الشهادة بيان المراد بالاتفاق لفظا ومعنى وقراءة اي القاضي الكاتب
على من اشهدهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به ان لم يقرأ عليهم اذ لا شهادة
بلا علم وكتب اسمائهم وانسابهم اي اسماء شهود الطريق وانسابهم
فيه اي في الكتاب الحكمي فان كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون
الكتابة وكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب التاريخ لا يقبل وان كتب ينظر
هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت ام لا ولا يكتفى بالشهادة اجمالا اذا
لم يكن مكتوبا وختم عندهم وسلمه اليهم لئلا يتوهم التغير وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد اذ عندهما علم الشهود بما في الكتاب شرط جواز القضاء به وابو يوسف
لم يشترط ذكر اسم المكتوب اليه ونسبه بل جوز ان يكتب ابتداء الى كل من يصل اليه
كتابي هذا من القضاة ولا القراءة عليهم وختمه وسهل في ذلك حين ابتلي بالقضاء

[illegible]

وليس

وليس الخبر كالمعاينة وعليه المتأخرون توسعة على الناس فالحاصل ان سجل
القاضي الى القاضي لا يكون الا بعد الحكم وكتاب القاضي الى القاضي الذي هو
نقل الشهادة لا يكون الا قبل الحكم وشرط ان يكون الكتاب من معلوم
الى معلوم في معلوم اي المدعي لمعلوم اي المدعى على معلوم اي المدعى
عليه الغائب بأمر جواز العمل بكتاب القاضي لان كتابه لا يكون اقوى من خطابه ولو خاطب
بنفسه في مجلس قضاء المكتوب اليه وغيره بلفظ ما في الكتاب لم يعمل به القاضي لانه
صار واحدا من الرعايا فكذا اذا كتب اليه لكنه جوز فيما يثبت بالشبهات
لحاجة الناس اليه اذ قد يكون الشاهد للمدعي على حقه في بلدة وخصمه في بلدة اخرى
فيتعذر الجمع بينهما ولا يتمكن من ان يشهد على شهادتهما اذ اكثر الناس
يعجزون عن اداء الشهادة على وجهها فيحتاج الى نقل الشهادة
بالكتاب الى مجلس ذلك القاضي لا يقبل اي نقل الشهادة الا من قاضي
مولى من قبل السلطان احتراز عن المحكم بملك الجمعة اي بقدر على
اقامة الجمعة فلا يقبل من قاضي رستاق ولا يجوز كون شهود الطريق
كفارا ولو كان المدعى عليه كافرا لان شهادتهم ملزمة للحكم على القاضي
فيكون حجة عليه ولا عبرة بالخصم ادعى على غائب له وارد بعث
وكيله لتحصيله استحلف اي المدعي القاضي بانك ما قبضته كلا او بعضا
وما ابرأت ذمته وما تعلم ان رسوله او وكيله قبض منه لان ذلك الغائب
يحتمل ان يدعي بعد وصول الكتاب اليه انه ادى ذلك المال اليه
ولا يكون له بينة فيحتاج الى توجه اليمين على المدعي فاذا حلف قبل ان يندفع
ذلك وتقصر المسافة فان انقطع الشهود اي شهود الطريق ولم يصلوا الى المكتوب اليه ح
او وصلوا الى المكتوب اليه ووجد الخصم في ولاية قاضي آخر اشهد على شهادتهما
رجلين آخرين كما في الشهادة على الشهادة وكتبهما على طريقها اي الشهادة
على الشهادة بدلهما اي بدل الشاهدين الاصليين فانهما اي الكتب كهما

إلا من انتهى إليه الأصل أي أصل المكتوب إن كان الخصم في بلده أو إلى قاضٍ آخر
إن لم يكن فيه ثم إلى آخر إلى أن يصل إلى من يكون الخصم تحت ولايته لما فرغ عن
بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام
المتعلقة بجانب المكتوب إليه فقال ثم إنه أي عند كان الخصم في ولايته سواء
كان ابتداءً أو انتهاءً لا يقبله أي نقل الشهادة إلا بحضور الخصم لأنه بمنزلة
أداء الشهادة على الشهادة إذ الكاتب ينقل ألفاظ الشهود بكتابه
إلى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الأصل بعبارته
وكما لا تسمع الشهادة على الشهادة إلا بحضرة الخصم فكذا لا يفتح الكتاب
إلا بحضرة الخصم بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم وهذا
للحكم قيل ولم يشترط أيضاً أبو يوسف قال في شرح الأقطع قال أبو يوسف
يقبله من غير حضور الخصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه فكان له
أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم
عند الحكم به كذا في غاية البيان ولا يقبله أيضاً إلا بشهادة رجلين
أو رجل وامرأتين فإن الكتاب قد يزور إذ الخط يشبه الخط والخاتم
يشبه الخاتم فلا يثبت إلا بحجة تامة وأيضاً كتاب القاضي ملزم
إذ يجب على المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا إلزام إلا ببينة
وإذا شهدوا عنده أي شاهد الطريق عند القاضي المكتوب إليه أنه
كتاب القاضي فلان بن فلان وعدلوا فتحه قال في الكافي الصحيح
أنه إنما يفتح الكتاب بعد ثبوت العدالة فربما يحتاج إلى زيادة الشهود وأداء
الشهادة إنما يمكن بعد قيام الختم وقراءته على الخصم وألزمه ما فيه إن بقي كاتبه قاضياً
فبطل أي كتاب القاضي إن زال عن القضاء بموت أو عزل أو زوال الأهلية
القضاء عنه قبل وصوله أي الكتاب إليه لأن الأصل أن خبر الواحد لا يقبل
وإنما قبلوه باعتبار الولاية الشرعية وإذا لم يبق على الأهلية الأصل ولهذا

لو اتفق قاضيان في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملهما فقال أحدهما للآخر
قد ثبت عندي كذا فاعمل به لم يقبل إلا بالخطاب والاستماع أو أحدهما
من غير القاضي حيث لم يكن في عمله لانتفاء الولاية كذا زوال المكتوب إليه
عنه أي عن القضاء بما ذكر عن الأسباب فإنه أيضاً سبب بطلان كتاب القاضي
الكاتب إلا إذا كتب بعد اسمه أي اسم المكتوب إليه إلى كل من يصل إليه من
قضاة المسلمين فإنه لما عرف الأصل صحت كتابة القاضي إليه فيجعل غيره
تبعاً له وكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصداً وإن كتبه أي قوله
إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ابتداءً أي بلا تسمية القاضي
المكتوب إليه جوزه أبو يوسف فإنه توسع بعد ما ابتلي بالقضاء فإن قال
الخصم بعد وصول الكتاب لست الذي كتب فيه فعلى المدعي
إثباته بإقامة البينة على أنه هو وطعن عند هذا القاضي في القاضي
الذي كتب وفي الشهود الذين شهدوا عليه بالحق عند القاضي الذي
كتب الكتاب وقال لهذا القاضي إني أثبت بما هو واضح به هذا عندك أو
قال سل عن ذلك فإنك تجده على ما قلت في ذلك أو قال فيهم ما يسقط به عدالتهم
بأن قال إن الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب عليه بالحق عبيد أو محدودون
في قذف أو من أهل الذمة سمع القاضي هذا الطعن فإن أقام على ذلك
شاهدين لم يقبل القاضي ذلك الكتاب لأن هذه الأشياء ليست بجرح
مجرد فلا يمتنع قبول الشهادة عليها وبه تبين أن ما ذكره في شرح الجامع
الصغير في كتاب القضاء أنه قيل إن الخصاف ذكر أن الشهادة على الجرح
المجرد مقبولة غير صحيح لأن هذه الأشياء ليست بجرح مجرد هذا إذا
أقام شاهدين وإن أقام شاهداً واحداً ذكر في الكتاب أن هذه
شبهة يعني أنه تمكنت التهمة بشهادة الواحد فتقع الشبهة في القضاء
والقضاء مع الشبهة لا يجوز فيتفحص فإن وجد الأمر على ما قال هذا الواحد

فلا يقضي بالكتاب كذا في شرح ادب القضاء للخصاف وان مات اي الخصم
نفسه اي القاضي الكاتب على وارثه او وصيه لقيامهم مقامه جاز نقل شهادة
شاهد واحد يعني اذا كان لرجل على آخر في بلدة اخرى دعوى وله شاهد واحد
في بلدته وآخر في بلدة المدعى عليه واراد ان ينقل شهادة من في بلدته ويدعي
على ذلك الشخص ويتمسك بكتاب الشهادة وبشاهد هناك جاز كتب
توكيل غائب يعني اذا كان لرجل على آخر في بلدة اخرى دعوى واراد ان
يوكل رجلا في تلك البلدة ليخاصم من جانبه مع ذلك الرجل جاز ايضا
واختلف في حكمه اي القاضي بعلمه قالوا ان محمدا اعتبر علم القاضي حتى قال
اذا علم القاضي ان زيدا غصب شيئا من المدعي يأخذه من زيد ويدفعه
الى المدعي وهذا جواب رواية الاصول وروى ابن سماعة عنه ان القاضي
لا يقضي بعلمه وان استفاد العلم في حالة القضاء حتى يشهد معه شاهد
واحد قال لعل القاضي يكون غالطا فيما يقول فيشترط مع علمه شاهد آخر
حتى يكون علمه مع شهادة شاهد آخر بمعنى شاهدين كذا في العمادية
ثم لما فرغ عن ذكر السجل وبيان نقل الشهادة شرع في بيان المحضر
وما اعتبر فيه في السجل من تمام التبيين وبيان الصك والحجة والوثيقة
فقال والمحضر ما كتب فيه حضور المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما
من الاقرار من المدعى عليه والانكار منه والحكم بعد انكاره بالبينة
من المدعي والنكول عن اليمين من المدعى عليه على وجه يرفع الاشتباه
وكذا السجل قال في المحيط البرهاني ان الاشارة في الدعاوي والمحاضر
ولفظ الشهادة من اتم ما يحتاج اليه وانما كانت اتم قطعا للاحتمال
ان المدعي بدعواه يستحق المدعى به على المدعى عليه والشهود بشهادتهم
يثبتون استحقاقه ولا يثبت الاستحقاق مع الاحتمال وكذا في السجلات
لا بد من الشهادة حتى قالوا اذا كتب في محضر الدعوى حضر فلان في مجلس الحكم

مطلب لا يقضي القاضي بعلمه

المفتى به عدم القضاء بعلم القاضي الآن

و

واحضر معه فلانا فادعى هذا الذي حضر عليه لا يفي بصحة المحضر وينبغي ان يكتب
فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي احضره اذ بدونه يوهم انه احضر هذا وادعى
على غيره وكذلك عند ذكر المدعي والمدعى عليه في اثناء المحضر لا بد من ذكر هذا
فيكتب المدعي هذا والمدعى عليه هذا لان بعض المشايخ كانوا لا يفتون
بالصحة بدونه وكذلك قالوا في السجلات اذا كتب وقضيت لمحمد هذا
على احمد هذا لا بد ان يكتب وقضيت لمحمد هذا المدعي على احمد هذا المدعى
عليه وكذلك قالوا اذا كتب في المحضر عند ذكر شهادة الشهود واشاروا الى
المتداعيين لا يفي بصحته لان الاشارة المعتبرة هي الاشارة عند الحاجة
اليها في موضعها ولعلهم اشاروا الى المدعى عليه عند الحاجة الى الاشارة
الى المدعي عليه يكون ذلك اشارة الى المتداعيين ولا تكون معتبرة فلا بد
من بيان ذلك بما يبلغ الوجوه قطعا للوهم والصك ما كتب فيه البيع والرهن
والاقرار ونحوها في المغرب الصك كتاب الاقرار بالمال وغيره معرب والحجة والوثيقة
يتناولان الثلثة يعني السجل والمحضر والصك لان في كل منها معنى
الحجة والوثاقة **مسائل شتى** جمع شتيت بمعنى متفرقة ولا يتد
ذو سفل فيه اي السفل ولا ينقب كوة بلا رضى ذي العلو يعني اذا
كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان
ينقب كوة بلا رضى ذي العلو عند ابي حنيفة سواء كان مضرا بالذي العلو او لا
وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان
يبني في العلو بيتا او يضع جذوعا او يحدث كنيفا زائغة مستطيلة
تنشعب عنها زائغة غير نافذة لا يفتح اهل الاولى في حائط دارهم بابا في
الثانية لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور في الزائغة السفلى بل هو مختص
باهلها لانها بجميع اجزائها مملوكة لاربابها حتى لو بيع فيها دار لا يكون لاهل
الاولى حق الشفعة فيها فاذا اراد واحد ان يفتح بابا فقد اراد ان يتخذ

طريقا في ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك بخلاف ما
النافذة لان حق المرور فيها للعامة بخلاف زايغة مستديرة او قطر قائه
حيث يجوز له ان يفتح بابا في حائط في اي جانب شاء لان هذه سكة
واحدة وهي بمنزلة سكة مشتركة في دار ولكل واحد منهم حق المرور في كلها
ولهذا لو بيعت دار فيها كانت الشفعة للكل على السواء فبفتح الباب
لا يحدث لنفسه حقا فلا يمنع ادعى هبة في وقت فسئل بينة فبرهن
على الشراء بعد وقت الهبة قبل وقبله لا يعني ادعى دارا في يد رجل انه
وهبها له وسلمها اليه في وقت كذا فسأل القاضي البينة فقال انه جحد في
الهبة فاشتريتها منه وادعى وقتا بعد وقت الهبة وبرهن عليه يقبل
ولو ادعى وقتا قبل وقت الهبة وبرهن عليه لا يقبل وانما قبل لان
التوفيق في الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول
وهبت مني منذ شهر ثم جحد في الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع وفي الوجه
الثاني لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض قال رجل لآخر اشتريت
مني الجارية فانكر اي الآخر الشراء للقائل اي جاز لمن قال اشتريت
وطيها وكان الظاهر ان لا يجوز له وطيها لانه بملك الغير ان ترك اي البائع الخصومة
لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به فاذا ترك
البائع الخصومة تم الفسخ باقتران العمل به وهو امساك الجارية ونقلها
او بقبض عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق مع يمينه
وفي الستوقة لا اي لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف
والنبهرجة دون الستوقة ولهذا يجوز التجوز في الصرف والسلم بالزيوف
والنبهرجة لا بالستوقة والقبض لا يختص بالجياد فلا تناقض بين دعوى
الزيافة والنبهرجة وبين الاقرار بقبض الدراهم فيقبل كمن اقر بقبض
الجياد او حقه او الثمن او بالاستيفاء اما الاقرار بالثلثة الاول فظاهر

[illegible]

والا

واما الاقرار بالاستيفاء فلانه عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة
عن قبض حقه والزيوف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة
ما غلب عليه الغش قال رجل لآخر لك علي الف درهم فرده اي قال ليس لك علي
شيء ثم صدقه اي قال في مجلس آخر لك علي الف فلا تصديقه بلا حجة اي لا يكون
على المقر شيء لان المقر له اذا قال ليس لي عليك شيء فقد رد اقراره وللمقر له نفوذ رد
الاقرار فكذلك ابطاله بنفسه فاذا بطل برده التحق بالعدم فاذا ادعى بعده فلا بد
من الحجة او تصديق خصمه ادعى خمسة دنانير فقال المدعى عليه وفيتها فجاء
بشهود يشهدون انه دفع اليه خمسة دنانير لكننا لا ندري انها من هذا الدين
او غيره جاز شهادتهم ببراءة المدعى عليه كذا في العمادية اقام البينة على شراء
واراد رده بعيب ردت بينته بانه باعه على براءة من كل عيب بعد انكاره
بيعه يعني اذا ادعى على رجل انه اشترى منه هذه الامة وانكر المدعى عليه البيع
فبرهن المشتري عليه ثم وجد بها عيبا قديما واراد ردها فبرهن البائع
انه براءة اليه من كل عيب لم يقبل للتناقض بين الكلامين اذ شرط البراءة
من العيب تغير في العقد بتغييره عن اقتضاء صفة السلامة الى غيرها
وتغير العقد من وصف الى وصف بلا عقد محال واذا بطل التوفيق
ظهر التناقض وعن ابي يوسف انه يقبل اعتبارا بفصل الدين وهما
ان الدين قد يقضى وان كان باطلا كما مر وكذلك هنا بطل صك كتب
ان شاء الله تعالى آخره اي اذا كتب رجل اقرار بدين في صك ثم كتب في آخره
ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه يعني من اخرج هذا الصك وطلب
ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند الامام و
عندهما ينصرف الاستثناء الى قوله من قام آه وقولهما استحسان لان الاصل
ان ينصرف الاستثناء الى ما يليه لان الذكر للاستيناف فلو صرف الى الكل يكون للابطال
ولان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة كقوله

كما

ب

عبده ثم وام انه طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا
يلتحق به فيصير كفاصل السكوت مات ذمي فقالت عرسه اسلمت بعد
موته وقالت الورثة بل قبله صدقوا لان الاسلام ثابت في الحال والحادث على
ما قبلها كما في مسئلة الطاحونة اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان الماء و
انقطاعه حيث يحكم الحال ويستدل بها على الماضي وهذا الظاهر يعتبر للدفع
وان لم يعتبر للاستحقاق كما في مسلم مات فقالت عرسه اسلمت قبل موته وقالوا
بعده فان القول للورثة ايضا لانها تدعي امرا حادثا والاصل في الحوادث
ان يضاف حدوثها الى اقرب الاوقات قال هذا ابن مودعي الميت لا وارث له
غيره دفعها اليه يعني من مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المودع
لرجل هذا ابن مودعي الميت لا وارث له غيره فالقاضي يقضي بدفع الوديعة
اليه لانه اقر بما في يده حق الوارث بطريق الخلافة فصار كما لو اقر انه حق المورث
وهو حي بطريق الاصالة فان اقر بابن اخر لم يفد اذ كذبه لانه حين يكون المال
كله للاول لانه منه شهادة على الاول بعد انقطاع يده عن المال فلا يقبل
كما لو كان الاول ابنا معروفا تركة قسمت بين الورثة او الغرماء بشهود
لم يقولوا لا نعلم له وارثا او غريما اخر لم يكفلوا اي لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس
عند الامام وقالا يؤخذ لان القاضي نصب ناظرا للغيب والموت قد يقع
بغتة فلا يمكن له بيان كل الورثة ويجوز ان يكون وارث غايب او غريم
غايب فيجب على القاضي الاحتياط بالتكفيل مبالغة في الاحياء و
تفاديا عن الاتواء ولان جهالة المكفول له تبطل الكفالة كما في كتابها
ادعى دارا في يد رجل لنفسه ولاخيه الغايب وبرهن عليه اخذ نصف المدعي
وترك باقيه مع ذي اليد بلا تكفيل جحد دعواه
اولا وقالا اذا جحده ذو اليد اخذه القاضي منه وجعله في يد امين حتى يقدم الغايب
وان لم يجحد ترك النصف الاخر في يده حتى يقدم الاخ لان الجاحد خاين فيؤخذ منه

٥٨٣

قوله ولا وارث كذا في النسخ
والصواب الموافق لما في الكافي
ولا وارث غيره زاده

والمقر امين فيترك في يده ولان اليد الثابتة لا تنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لان
القضاء وقع للميت بالكل لان الوارث قائم مقامه ولا وارث الا بثبوت
الملك للمورث واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما لو كان (بالقضاء صح)
مقرا او بطل جحوده بقضاء القاضي والظاهر انه لا يجحد فيما يستقبل لان
الحادثة صارت معلومة للقاضي ولذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه
الامر عليه قد زال كذا المنقول في الاصح اذا كانت الدعوى في المنقول فقيل
يؤخذ منه اتفاقا لانه محتاج المنقول الى الحفظ والنزع من يده ابلغ في الحفظ
كيلا يتلفه واما العقار فمحفوظ بنفسه وحمل المنقول على الخلاف ايضا يعني
يترك النصف في يد ذي اليد وهذا اصح لانه محتاج الى الحفظ والترك
في يده ابلغ في الحفظ لان المال في يد الضمين اشد حفظا وبالانكار صار
ضامنا ولو وضع في يد عدل كان امينا فيه فلو تلف لم يضمن وانما
لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي وضع لقطعها لا لانشائها
وصية بثلث ماله يقع على كل شيء واذا قال مالي او ما املكه صدقة يقع على مال
الزكوة والقياس فيهما واحد وهو قول زفر رحمه الله ان اسم المال عام فيلزم التصدق (التصدق نخ)
بكل ماله كما في الوصية ولنا ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ما اوجبه
الله تعالى من الصدقة المضافة الى المال مطلق لقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة انصرف
الى الفضول لا الى كل المال فكذا ما اوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها
اخت الميراث لكونها خلافة كالوراثة والارث يجري في جميع الاشياء فكذا الوصية
فان لم يجد غيره اي غير مال الزكوة امسك منه قوته فاذا ملك تصدق بقدره
لان حاجته مقدمة ثم ان كان صاحب حرفة يمسك قوت يوم وان كان صاحب
دور وحوانيت يمسك قوت شهر وان كان صاحب ضيعة يمسك قوت
سنة وان كان تاجرا يمسك قوته مقدار ما يصل اليه ماله صح الايصاء
بلا علم الوصي لا التوكيل بلا علم الوكيل يعني اذا اوصى رجل الى اخر ولم يعلم الوصي

حتى باع بشيء من التركة فهو وصي وبيعه جائز ولا يصح بيع الوكيل حتى يعلم والفرق
ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف
الوارث والوكيل انابة ولاية التصرف مع ما له لا استخلاف بعد انقطاع ولاية
لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية فلو علم الوكيل
ولو من فاسق صح تصرفه لان الاعلام بالوكالة اثبات حق للوكيل ليستوفيه
ان شاء وليس فيه الزام ليشترط شرائط الالزام ويشترط للعزل خبر عدلين او مستور
كعلم السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح ومسلم لم يهاجر
بالشرائع لان الخبر بهذه الجملة يشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف
في ملكه ويشبه الالزام لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف
فوجب ان يشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة توفيرا على
الشبهين حظهما باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع
واستحق العبد من يد المشتري لم يضمن اي القاضي او امينه لانه بمنزلة الامام
فانهم يحتاجون الى امثال هذا كثيرا فلو رجع الحقوق اليهم لتقاعدوا عن
اقامتها فيختل مصالح الناس ورجع المشتري على الغرماء لانه عقد لم يرجع
عهدته على العاقد فيجب على من يقع العقد له والبيع واقع للغرماء فيكون
العهدة عليهم كما لو كان العاقد صبيا او عبدا محجورين وقد توكلا عن
غيرهما بالبيع فان الحقوق ترجع الى الموكل وان باع الوصي لهم اي للغرماء
بامر القاضي وقبض ثمنه وضاع من يده واستحق العبد او مات قبل قبضه
اي الثمن رجع المشتري على الوصي لان الرجوع بالثمن من حقوق العقد
وحقوقه ترجع الى العاقد وهو الوصي نيابة عن الميت لانه وان نصبه القاضي
فانما نصبه ليكون قايما مقام الميت لا قايما مقام القاضي وحقوق
العقد ترجع اليه لو باشره في حيوته فكذا ترجع الى من قام مقامه وهو اي
الوصي عليهم اي رجع على الغرماء لانه باع لهم فكان عاملا لهم ومن عمل

قوله اي الثمن كذا في النسخ
لعل الصواب اي العبد المشترى
لان الفرض ضياع الثمن ح

لغيره

٥٢٤

لغيره عملا وحكمه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل ولو ظهر بعده للميت
مال رجع الغريم فيه بدينه لانه لم يصل اليه وقيل لا يرجع ايضا بما غرم للوصي
من الثمن لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاصح
انه يرجع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه كذا في الكافي القاضي اخرج الثلث
للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان من مالهم اي الفقراء والثلثان للورثة كذا
في الواقعات ووجه لما قال امرك قاض عالم عدل برجم او قطع او ضرب قضى به على
شخص وسعك فعله وقال محمد آخرا لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول
القاضي يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا اخذوا به وقالوا
ما احسن هذا في زماننا لان القضاة قد فسدوا فلا يؤمنون على نفوس الناس
ودمائهم واموالهم الا في كتاب القاضي الى القاضي فانهم اخذوا فيه بظاهر الرواية للضرورة
وجه ظاهر الرواية في الاولى ان القاضي امين فيما فوض اليه ونحن مامورون بطاعة
اولي الامر وطاعته في تصديقه وقبول قوله وقال الشيخ ابو منصور اذا كان
القاضي عالما عادلا يجب قبول قوله لظاهر الامر وعدم تهمة الخطاء والخيانة
وصدق عدل جاهل سئل فان احسن تفسيره بان يقول في الزنا اني استفسرت
المقر كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه ثبت
عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة
فيجب تصديقه وقبول قوله لم يقبل قول غيرهما وهو جاهل فاسق و
عالم فاسق لتهمة الخطاء بالجهل والخيانة بالفسق الا ان يعاين سبب
الحكم يعني سببا شرعيا فيقبل قوله لانتفاء التهمة صدق معزول
قال لزيد اخذت منك الفا قضيت به لبكر ودفعته اليه او قال قضيت
بقطع يدك في حق وادعى زيد اخذه وقطعه ظلما واقر اي زيد بكونهما
في قضائه يعني اذا قال قاض معزول لرجل اخذت منك الف درهم ودفعته
الى زيد قضيت به له عليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي بلا يمين

عدل صح

وكذا لو قال قضيت بقطع يدك بحق وقال فعلته ظلماً فالقاضي يصدق
بكل حال اذا كان المأخوذ منه المال والمقطوع يده مقرا بكونه حال قضائه
لانه لما اقر به صار مقرا بشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي على سبيل
القضاء لا يوجب الضمان فيجعل القول قوله بلا يمين اذ لو لزم اليمين
صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ ولو انكر كونه قاضيا يومئذ وقال
فعلته قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا في الصحيح
لانه اذا عرف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء
لانها معهودة وهي منافية للضمان فصار القاضي بالاضافة الى
تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول قوله كما لو قال طلقت او اعتقت
وانا مجنون وجنونه كان معهودا

كتاب القسمة

لا يخفى وجه المناسبة بين كتاب القضاء وكتاب القسمة وهي لغة اسم
للاقتسام كالقدوة للاقتداء وشرعا تمييز بين الحقوق الشائعة
بين المتقاسمين وركنها فعل يحصل به التمييز بين الانصباء كالكيل
والوزن والعد والذرع في الكيلي والوزني والعددي والذرعي وسببها
طلب الشركاء او احدهم الانتفاع بحصته حتى اذا لم يوجد منهم الطلب
لم يصح القسمة وشرطها عدم فوت المنفعة فانها افراز يكمل لكل واحد
قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقي
المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه واما اذا تبدل فيكون
تبديلا لا افرازا وحكمها تعيين نصيب كل على حدة لانه الاثر المترتب عليها
ولا تعرى مطلقا اي سواء كانت في المثليات او القيميات عن معنى
افراز هو اخذ عين حقه ومعنى مبادلة هو اخذ عوض عن حقه
اذ ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما ياخذه كل
واحد منهما نصف ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازا او النصف

٥٢٠

الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة وان
وصلية غلب الاول اي معنى الافراز والتمييز في المثليات وهو المكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة لان ما ياخذه مثل حقه صورة ومعنى
فامكن ان يجعل عين حقه وان غلب الثاني اي معنى المبادلة في غيرها يعني
الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل
كانه اخذ عين حقه وفرع عليه ما ذكر بقوله فياخذ شريك حصته بغيبة صاحبه
في الاول لكونه عين حقه لا الثاني لكونه غير حقه ولمعنى الافراز يجبر عليها في
متحد الجنس من غير المثليات فقط عند طلب احدهم يعني ان المبادلة
لما كانت غالبة في القيميات كالحيوانات والعروض كان ينبغي ان لا يجبر عليها
لما فيها من معنى الافراز فان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان
يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الآخر عن الانتفاع بملكه فيجب على
القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها
لتعين المبادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا
جاز لان الحق لهم ويستحب نصب قاسم رزقه من بيت المال
لان الاصح ان القسمة من جنس عمل القضاء لتمام قطع المنازعة
بها فاشبه رزق القاضي وصح نصبه باجر على عدد الرؤس اي
رؤس المتقاسمين عند الامام لان النفع لهم على الخصوص وعندهما
على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره ولان الاجر مقابل
بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد
ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز ثم ان الاجر
هو اجر المثل وليس قدر معين فان تولى القاضي بنفسه القسمة فعلى
رواية كون القسمة من جنس عمل القضاء لا يجوز له اخذ الاجر و
على رواية عدم كونها منه جاز ويجب كونه عدلا عالما بها اي بالقسمة

على القسمة فيها لكن يجبر ح

لانه ان كان منصب عمل القضاء فلا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهي بالعدالة ولا يعين واحدا اذ لو تعين لحكم بالزيادة
على اجر مثله ولا يشترك القسام كيلا يتواضعوا على مغالاة الاجر فيؤدي
الى الاضرار بالناس وصحت برضاء الشركاء لو قسمها بينهم على انفسهم واموالهم الا
عند صغر احدهم فانه لا يصح بل يحتاج الى امر القاضي لقصور ولايتهم
عن قسم نقليا اي غير وارثه وعقارا ادعوا اشتراه او ملكه مطلقا
ولو ادعوا وارثه عن زيد لا اي لا يقسم حتى برهنوا على موته وعدد ورثته
لا خلاف في الاولين وفي هذا خلاف لهما لما انه في يدهما وهو دليل
الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم كما في المنقول
الموروث والعقار المشترى والبينة لا تفيد لانها على المنكر لكنه يذكر
في صك القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يكون قضاء على
شريك آخر لهم وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي واقرار الكل
ليس بحجة عليه فلا بد لهم عن اقامة البينة ليثبت بها القضاء على
الميت فان التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت
حقه في الزوايد كالولد ملكه وارباحه حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه
وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث
بعده من الزوايد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلا بد
من البينة ويصير بعضهم مدعيا والبعض خصما وان كان مقرا
ولا ان برهنا انه اي العقار معهما حتى برهنا انه لهما يعني ان ادعيا
الملك في العقار ولم يذكرا كيف انتقل اليهما لم يقسمها حتى يقيما البينة
انه لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو
قول الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان لحق الملك تكميلا للمنفعة
ولحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثاني

للاستغناء

للاستغناء عنه لانه محفوظ بنفسه كذا في الكافي وبرهنا على الموت و
عدد الورثة وهو اي العقار معهم ومنهم صغير او غايب قسم ونصب
قابض لهما وهو وصي عن الطفل ووكيل عن الغايب لان في هذا النصب
نظرا للغايب والصغير ولا بد من اقامة البينة على اصل الميراث في هذه
الصورة عنده ايضا بل اولى لان في هذه القسمة قضاء على الغايب
والصغير بقولهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق الغايب
والصغير ويشهد انه قسمها بينهم باقرار الكبار الحضور وان الغايب
والصغير على حجته وان برهن واحد من الورثة او من اي الشركاء وغاب
احدهم او كان اي العقار مع الوارث الصغير او الغايب او كان معه
شيء منه اي من العقار لا اي لا يجوز قسمة العقار اما الاول وهو
عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه ليس معه خصم وهو ان كان
خصما عن نفسه فليس احد خصما من الميت وعن الغايب وان كان
خصما عنهما فليس احد يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف
ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين حيث تكون القسمة قضاء بحضرة — المتخاصمين ح
المتقاسمين واما الثاني وهو عدم جواز القسمة اذا اشتروا وغاب احدهم
فللفرق بين الارث والشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى
يرد بالعيب على بايع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء
المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت واستحقت رجع
الوارث على بايع مورثه بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته فانتصب
احدهم خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت
القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين واما الملك الثابت بالشراء
لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد
بالعيب على بايع بايعه ولا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب

ثم يكون البينة في حق الغايب قايمة بلا خصم فلا يقبل واما الثالث وهو
عدم جواز القسمة اذا كان العقار مع الوارث الصغير او الغايب
او شيء منه فلان في هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير الحاضر
باخراج شيء مما كان في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما وقسم بطلب احدهم
ان انتفع كل بحصته وبطلب ذي الكثير فقط ان لم ينتفع الآخر لقلة
حصته يعني اذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه قسم بطلب احدهم لان
في القسمة تكميل المنفعة وكانت خصمًا لازمًا فيما يحتملها اذا طلب
احدهم وان انتفع احدهم بنصيبه اذا قسم وتضرر الآخر لقلة نصيبه
فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكر
الخصاف وذكر الجصاص عكسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة
قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار الشيخ المعروف بخواهر زاده
وعليه الفتوى وقال في الكافي ما ذكره الخصاف اصح وفي الذخيرة
وعليه الفتوى لا اي لا يقسم ان تضرر كل للقلة الا بطلبهم لان الجبر
على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعها
بالنقض فيجوز بالتراضي لان الحق لهم ولا الجنسين بالتداخل
يعني لا يقسم الجنسين بادخال بعضه في بعض بان اعطى احد
المتقاسمين بعيرًا والآخر شاتين مثلًا جاعلًا بعضًا هذا في مقابلة
ذاك اذ لا اختلاط بين الجنسين حتى تثبت معنى التمييز لا المعاوضة
ولا الرقيق يعني اذا كان الرقيق وهو العبيد والاماء بين اثنين
فطلب احدهم القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شيء آخر تصح
فيه القسمة جبرًا كالغنم والثياب اولا فان كان صح القسمة في قولهم
جميعًا على الظاهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي
مع الرقيق اصلًا في القسمة جبرًا ويجعل الرقيق تابعًا في القسمة

وذكر غير الخصاف في ح

فلا يقع القسمة تمييزًا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون الجبر لان ولاية الاجبار للقاضي

وقد يثبت الحكم لشيء تبعًا وان لم يثبت قصدًا كالشرب في البيع والمنقول
في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورًا او اناثًا لم يقسم الا برضاهما وان
كانوا ذكورًا واناثًا يقسم القاضي بينهما عند ابي ح ولا يجبرهما على ذلك
وقالا يجبرهما عليها لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم وله ان التفاوت
في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة ونحوهما
فلا يكون ذلك قسمة وافراز الخلاف في ساير الحيوانات فان التفاوت
فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان
ومن ساير الحيوانات جنس واحد ولا الجواهر قيل اذا اختلف الجنس
كاللآلي واليواقيت لا يقسم لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة
وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منهما لفحش التفاوت وتقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب يجري على اطلاقه لان
جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤ او
ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ولو تزوج او خالع على عبد
يصح فاولى ان لا يجبر على القسمة ولا الحمام والبئر والرحى الا برضاهم
وكذا الحايط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يكن كل
نصيب منتفعًا به انتفاعًا مقصودًا لا يتحقق معنى القسمة
فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لالتزامهم الضرر دور مشتركة او دار
وضيعة او دار وحانوت قسم كل وحدها لما مر ثم الدور والبيوت
والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا
بالتراضي والبيوت تقسم مطلقًا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت
مجتمعة في دار واحدة متلاصقًا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة
والا فلا لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا
كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي

الى اعدل الوجوه ويمضي على ذلك وان الدور والقسمة والدار والحانوت
فيقسم كل منها وحده لاختلاف الجنس ثم لما فرغ عن بيان القسمة و
بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة وقال ويصور القاسم ما يقسم
اي ينبغي للقاسم ان يصور ما يقسم على القرطاس ليمكنه حفظه ويعدله
اي يسويه على سهام القسمة ويذرعه ليعرف قدره ويقوم بناءه
اذ ربما يحتاج اليه بالاجرة ويفرز كل قسم اي يميزه عن الباقي بطريقه
وشربه كيلا يكون لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فيتحقق
معنى التمييز والافراز على الكمال فاذا كان اي ما يقسم بين جماعة لهم
سدس وثلث ونصف مثلا يجعله اي يجعل ما يقسم ستة اسهم
ويلقب الاول بالسهم الاول وما يليه بالثاني والثالث الى السادس
ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول
فان كان صاحب السدس اخذ حقه وان كان صاحب الثلث اخذه
وما يليه وان كان صاحب النصف اخذه والذين يليانه ولا يدخل دراهم
ليست من التركة في القسمة الا برضاهم صورته دار بين جماعة
فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان
يكون عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه
يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه
ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فيجوز للقاضي ذلك لان القسمة
من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمة
ما ليس بمشترك فان وقع مسيل قسم هذا او طريقه في نصيب آخر قسم بطريقه و
وما بينهما ما ليس تماما للاول او بطريقه في قسم الآخر وبلا شرط فيهما اي في القسمة
صرف اي المسيل والطريق عنه الى القسم الآخر ان امكن ليحصل معنى القسمة
وهو قطع الشركة وتكميل المنفعة بلا ضرر والا فسخت اي القسمة لان

١

المقصود وهو ما ذكرنا لم يحصل فيفسخ ويستأنف على وجه يمكن لكل منهما
ان يجعل مسيلا وطريقا جاز شهادة القاسمين عند اختلاف المتقاسمين في الحق
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي لا يجوز لانها شهادة على فعل نفسهما
ولهما انها شهادة على فعل غيرهما بالاستيفاء في حقهما سفل له علو وسفل
وعلو مجردان عن العلو والسفل قوم كل واحد وقسم بها اي
بالقيمة لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب و
الاصطبل وغير ذلك فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة
اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى الغلط في القسمة وزعم
ان بعضا مما اصابه في يد صاحبه وقد كان اشهد على نفسه بالاستيفاء
لا يصدق الا بحجة لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط
يدعي لنفسه حق الفسخ بعد لزومه بسبب ظهور العقد فلا يقبل
الا بحجة فان لم يوجد تحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم واذا
انكروا احلفوا عليه رجاء النكول فمن حلف منهم تخلص ومن نكل
جمع بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان
الناكل كالمقر وان اقام حجة عليه ومن غيره قالوا ينبغي ان لا تسمع
دعواه اصلا للتناقض واجيب بان القاسم امين وهو اعتمد
على قوله فاقر ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ
بذلك الاقرار عند ظهور الحق وان قال اي احد الشريكين قبضته
يعني نصيبه فاخذت بعضه وانكر اي شريكه حلف لانه يدعي
عليه الغصب وهو منكر والقول للمنكر مع اليمين وان قال قبل
اقراره بالاستيفاء اصابني من كذا الى كذا ولم يسلمه الي تحالفا وفسخت
اي القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير
الاختلاف في مقدار المبيع كما ذكر في احكام التحالف في الدعوى ولو

قوله بعد لزومه بسبب ظهور العقد كذا
في نسخ بهذا الكتاب والصواب
الموافق للكافي بعد ظهور سبب
لزوم العقد عزمي زاده

اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا اعتبار به
في البيع وكذا القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا
واصاب كلا طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر
فعليه البينة لانه يدعي عليه حقا وهو منكر وان اقاماها فالعبرة
لبينة المدعي لانه خارج وان استحق بعض معين من نصيبه لا
لا تفسخ اتفاقا وفي استحقاق بعض شائع في الكل تفسخ اي القسمة
اتفاقا وفي استحقاق بعض شائع من نصيبه لا تفسخ عند
ابي ح اي لا تفسخ لكن له ولاية الفسخ بل يرجع في نصيب شريكه
خلافا لابي يوسف فانه يقول ينتقض القسمة وما بقي في ايديهما
يكون بينهما نصفين وقول محمد مضطرب والاصح انه مع ابي ح كذا في
الكافي ظهر دين في التركة المقسومة تفسخ اي القسمة الا اذا قضوه
اي الورثة الدين او ابراء الغرماء ذمم الورثة او بقي منها ما يفي
بالدين يعني اذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل
للورثة اقضوه فان قضوا صحت القسمة والا فسخت لان
الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا
الدين او ابراء الغرماء ذممهم فح تصح القسمة لزوال المانع فكذا
اذا لم يكن محيطا لتعلق حق الغرماء بها الا اذا بقي منها ما يفي بالدين
فح لا تفسخ لعدم الاحتياج اليه ولو ظهر غبن فاحش في القسمة
بالقضاء تبطل عند الكل لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم
يوجد وان كانت بالتراضي لا تبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت
الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا عبرة به في البيع فكذا في
لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره في الكافي

وبناء

وبناء التركة صحيح حتى اذا اقام البينة له ان ينتقض القسمة ولم تكن قسمة
ابراء من الدين لان القسمة تصادف الصورة وحق الغريم يتعلق
بالمعنى ولو ادعى عينا لا اي لا يصح لوجود التناقض اذ الاقدام على
القسمة اقرار منه بان المقسوم مشترك وصحت المهاياة وهي لغة
مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل
منها وهي ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم
رضي بهيئة واحدة ويختارها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا
يجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت بالاجماع
في سكنى هذا بعضا من دار وذاك بعضا وسكنى هذا علوها
وذاك سفلها او في خدمة عبد بان يخدم العبد هذا الشريك يوما وذاك
الشريك يوما او سكنى بيت صغير بان يسكنه هذا الشريك يوما وذاك يوما
وخدمة عبدين بان يخدم زيدا هذا العبد ويخدم بكرا العبد الآخر واذا
كانت المهاياة في المكان كانت افرازا من كل وجه ولهذا لا يشترط فيها
التاقيت وجاز لكل منهم ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في
العقد او لا لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة
وفي المهايات في الزمان افراز من وجه فيجعل كالمستقرض لنصيب شريكه
فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهاياة
في المكان دون الزمان ولذا لو تهايئا في الزمان في عبد واحد لانها
متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد لا في
غلة عبد او عبدين او غلة بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين
او ثمرة شجرة او لبن شاة اي لا تجوز المهاياة في هذه الاشياء
اما في عبد واحد وبغل واحد فلان النصيب يتعاقبان
في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف

المهايات في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر
عدم التغير في العقار فافترقا واما في عبدين او بغلين فلان التهاني
في الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها
تقسم اما في ركوب بغل او بغلين فلان الركوب يتفاوت بتفاوت
الراكبين فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه واما في ثمرة شجرة
او لبن شاة ونحوه فلان التهايؤ مختص بالمنافع فلا يوجد في الاعيان
والضرورة يتحقق في المنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها لعدم
فنائها بخلاف الاعيان

كتاب الوصايا

وجه ايراد هذا الكتاب في آخر الكتاب ظاهر لان آخر احوال الآدمي
الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب
القسمة بين الورثة يكون بعد الموت والوصية اسم بمعنى المصدر
ثم سمي الموصى به والايصاء لغة طلب شيء من غيره ليفعله في غيبته
حال حيوته وبعد وفاته وشرعا يستعمل تارة باللام يقال اوصى فلان
لفلان بكذا بمعنى ملكه له بعد موته ويستعمل اخرى بالى يقال اوصى فلان
الى فلان بمعنى جعله وصيا له في ماله واطفاله بعد موته والقوم لم يتعرضوا
للفرق بينهما وبيان كل منهما بالاستقلال بل ذكروا اجمالا في اثناء تقرير
المسائل وقد بين ههنا كل منهما بانفراده ولما امتنع تعريف اللفظ
المشترك بين المعنيين بمفهوم واحد عرف كل منهما بايراد حاليه او
القسمين فقال الايصاء جعل الغير ماله كالمالك بعد موته او تفويض
التصرف في ماله ومصالح اطفاله الى غيره بعد موته فههنا بابان لبيان
المعنيين الاول في باب الوصية بالمال ونحوه وهو المنفعة فان الوصية
قد تكون بالمنفعة كما سيأتي ركنها قوله اوصيت بكذا لفلان ونحوه
من الالفاظ المستعملة فيها وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك فلا يجوز

من المملوك ولو كان مكاتبا والصبي والمجنون وعدم استغراقه بالدين
لانه مقدم على الوصية كما سيأتي وكون الموصى له حيا وقتها اذ لو لم يكن حيا
لبطلت الوصية وكونه غير وارث ولا قاتل كما سيأتي من عدم جواز الوصية
للوارث والقاتل وكون الموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصي مالا كان
او منفعة وحكمها كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له لاقامة الموصى اياه
مقام نفسه ووجب الاستبراء عليه للجارية الموصى بها جازت بالثلث
للاجنبي وان لم يجز الوارث لقوله عم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث
اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم فضعوها حيث شئتم وعليه
الاجماع ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية
لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى اذا اوصى لاخيه
وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ ولو عكس بان اوصى لاخيه
وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا
لا الزيادة عليه اي على الثلث لان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد
سببه وهو استغناؤه عن المال لكن الشرع جوزه في
حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره كما مر ولم يجوزه في حق
الورثة لئلا يتأذى بعضهم بايثار البعض الا ان يجيز ورثته بعده
اي بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا يعتبر
اجازتهم حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق لان ثبوته عند الموت فكان
لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم
ان يرجعوا عنه لان الساقط لا يعود وندب باقل منه اي من الثلث
عند غنى ورثته او استغنائهم بحصتهم لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي
والهبة للقريب الاولى اولى اذ يبتغى بها رضاء الله تعالى ولا هما
اي لولا غناؤهم ولا استغناؤهم بحصتهم لقوة نفعهم فالترك اولى لان ترك الوصية

صدقة على الفقير بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبي فالاولى اولى
لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح لكنهما مع احدهما اي ان لم يكن
الورثة اغنياء او لا يستغنون بحصتهم عن التركة فترك الوصية اولى وقد وجبت
اذا كان عليه حق الله تعالى كالزكوة والحج لانه لما قصر منه في حيوته وجب عليه
التدارك بعد مماته تخلية لذمته وتؤخر اي الوصية من الدين لانه اهم الحاجتين
فانه فرض والوصية تبرع الا ان يبرئ الغرماء فيصح لزوال المانع وصحت اي الوصية
بالكل اي بكل ماله عند عدم وارثه لان المانع من الصحة تعلق حق الوارث
فاذا انتفى تصح وصحت لمملوكه بثلث ماله في الخلاصة الوصية للعبد بعين
من اعيان ماله لا تصح اما لو اوصى بثلث ماله مطلقا يصح ويكون وصية للعتق
فان خرج من الثلث قيمة العبد عتق كله بغير سعاية وان خرج بعضه عتق وسعى
في بقية قيمته ولو اوصى له بشيء من الدراهم او الدنانير المرسلة قال الامام النسفي
الاصح انه لا يصح كالوصية بالعين وقال في المنية لو اوصى لعبده او لامته القنية
القنة جازت الوصية وهذا مخالف لما في الخلاصة فاما ان يقيد هذا بما سوى نسخة
العين او يطلق ويحمل على غير الاصح وفي الخانية لو اوصى لمكاتبه او لام ولده
نفذ او لمدبر نفذ جاز الكل استحسانا ولو اوصى لعبده القن او لامته القنة
ثم مات جازت الوصية في كلهم الا عند ابي يوسف في الوصية للقن يعتق ثلثه مجانا
وعليه ثلثا قيمته وله ثلث ماله من ساير التركة فيتقاصان ويترادان الفضل
وعند صاحبيه يعتق العبد وتنفذ الوصية اولا الى العتق فان فضل
من الثلث شيء كان الفضل للعبد وصحت للحمل بان يقول اوصيت
بحمل فلانة كذا درهما او به اي بالحمل ايضا بان يقول اوصيت بحمل جاريتي
هذه لفلان فان الوصيتين تصحان لان الوصية اخت الميراث والارث
يجري في الصورتين فتصح الوصية ايضا لكن الثانية انما تصح ان ولدت الحمل
لاقل من ستة اشهر من وقتها اي وقت الوصية فان صحة وصية الحمل موقوفة

على

٥٣٢ على وجوده وانما يتيقن بوجوده اذا ولد في مدة الحمل وبالام الا حملها
فانها ايضا تصح لان الاصل ان ما تصح افراده بالعقد يصح استثناؤه
والا فلا كما مر في البيوع ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه وصحت
المسلم للذمي وبالعكس فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في
الدين الاية والثاني لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات حتى جاز التبرع
من الجانبين في الحيوة فكذا في الممات لا حربي ومرتد في الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب في دار الحرب باطلة لانه بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى وهو م
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية وفي السير الكبير ما يدل على
الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز كذا في الكافي
والنهاية اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع
الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن
فان الحربي ما دام في دار الحرب فهو يقاتلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك
وهو المراد مما ذكر في السير الكبير ولا لوارثه عطف على لا حربي ولا وصية لوارث وقاتله
مباشرة سواء كان عامدا او خاطئا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه قصد الاستعجال
بفعل محظور فعوقب بالحرمان عن مقصوده وهو الارث وقوله مباشرة
احتراز عن التسبيب كوضع الحجر في غير ملكه الا باجازة ورثته وهم كبار
الاستثناء متعلق بالمسئلتين او يكون القاتل صبيا ذكره في الايضاح
ولا من صبي مميز لانه تبرع وهو ليس من اهله الا في تجهيزه وامر دفنه
فانه يجوز عندنا استحسانا حتى اذا لم يكن مميزا لم يجز وان وصلية مات
بعد الادراك متعلق بقوله ولا من صبي مميز يعني اذا اوصى ثم مات
بعد الادراك لم يجز لعدم الاهلية وقت المباشرة او اضافها اليه بان قال
اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية فانه لا يجوز لقصور الولاية فلا يملكه تنجيزا
او تعليقا كما في الطلاق والعتاق ولا من عبد لانه ليس من اهل التبرع و

ومكاتبه ان ترك وفاء لانه ايضا ليس من اهل التبرع وقيل عندهما يصح في صورة
ترك الوفاء الا اذا اضافا اي اضاف العبد والمكاتب الوصية الى العتق
فيح تصح لان اهليتهما تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه
ولا من معتقل اللسان بالاشارة اعلم ان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان
بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود
والفرق ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا كانت معهودة و
ذلك في الاخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت له
اشارة معهودة كان بمنزلة الاخرس وقدر الامتداد بسنة وقيل ان
دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة عليه لانه عجز عن
النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى ذكره
الزيلعي قبولها بعد موته اي قبول الوصية لا يعتبر الا بعد موت
الموصي لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت فيبطل قبولها وردها
قبله اي قبل الموت كما اذا قال لامرأته انت طالق غدا على درهم
فان ردها وقبولها باطل قبل الغد كما مر وبه اي بالقبول يملك اي الموصى به لا
يملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختياره بخلاف الميراث فانه خلافة
حتى تثبت فيه هذه الاحكام جبرا من الشارع بلا قبول لا ولاية عليه
الا اذا مات موصيه ثم هو اي الموصى له بلا قبول فهو اي الموصى به لورثته اي
ورثة الموصى له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما ذكرنا ان الملك موقوف
على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان
ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما
توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في بيع شرط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة ولا
يجوز للموصي الرجوع عنها اي الوصية بقول صريح نحو رجعت عما اوصيت

لانه تبرع لم يتم فصارت كالهبة وفعل يقطع حق المالك عن المغصوب كقطع
الثوب وخياطته او بزيد في الموصى به يمنع تسليمه بدونه كالبناء او بزيل ملكه
كالبيع فان كل تصرف اوجب زوال ملك الموصي كان رجوعا كما اذا باع الموصى به
ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا زال عنه كان رجوعا
وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى
اصلا ايضا بخلاف غسل ثوب اوصى به فانه لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي
ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا لا جحود وليس برجوع لان الرجوع اثبات
في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فبينهما تناف ولهذا لا يكون
جحود النكاح فرقة كذا كل وصية اوصيت بها فحرام او ربوا فانه ايضا ليس رجوعا
لان وصف الحرمة والربوية يقتضي بقاء الاصل فلا يتحقق الرجوع وفي كل
وصية اوصيت بها اخرتها بخلاف تركتها فان الاول ليس برجوع والثاني رجوع
لان ترك الشيء اسقاط والتأخير ليس للاسقاط فان الدائن اذا قال لمديونه تركت لك
دينك كان ابراء له ولو قال اخرت عنك لا يكون ابراء كذا في المحيط وبخلاف
كل وصية اوصيت بها فهي باطلة فانه ايضا رجوع لان الباطل ذاهب
متلاشي لا اصل له او الذي اوصيت به لزيد فهو لعمرو او لفلان وارثي
فان كلا منهما يكون رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات
التخصيص فاقتضى رجوعا عن الاول ثم ان الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا
وان شاؤا ردوا بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ايضا فانه لا يكون رجوعا لان
اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون العبد شركة بينهما ولو كان فلان
ميتا وقتها فالاولى من الوصيتين بحالها لان بطلان الاولى من ضرورة
الاثبات للثاني فاذا لم يثبت له فهو للاول ولو كان فلان حيا وقتها ثم مات
قبل الموصي فهو لورثة الموصي لبطلان الوصيتين لانه لما اثبت للثاني كان
رجوعا عن الاول فبطلت في حق الاول وصحت في حق الثاني ثم بطلت

بموته قبل موت الموصي تبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدهما اي بعد الهبة
والوصية الاصل في هذا الفصل ان كون الموصى له وارثا او غير وارث لجواز الوصية
وفسادها يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية وفي الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا
او غير وارث يوم الاقرار لجوازه وفساده فاذا اوصى المريض لامراة بشيء او وهب لها
شيئا ثم تزوجها ثم مات بطلت الوصية والهبة اما الوصية فلانها ايجاب مضاف
الى ما بعد الموت وهي وارثة والوصية للوارث باطلة واما الهبة ولانها وان كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا
لانها تبرع يتقرر حكمه عند الموت بخلاف اقراره فان المريض اذا اقر لامراة بدين
ثم تزوجها ثم مات جاز اقراره لما ان المعتبر فيه كون المقر له وارثا او غير وارث يوم
الاقرار وهي اجنبية فيه وتبطل وصيته وهبته واقراره لابنه كافرا او عبدا او
مكاتبا ان اسلم او اعتق بعد ذلك اي بعد الوصية والهبة وغيرهما اما الوصية
والهبة فلما ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فلانه وان كان ملزما بنفسه
لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار
باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا المقعد وهو العاجز عن المشي لداء في
رجليه والمفلوج الفالج داء يعرض بنصف البدن فيمنع عن الحس والحركة
الارادية والاشل وهو الذي في يده ارتعاش وحركة والمسلول وهو الذي
يكون له علة السل وهو قرح يكون في الرية ان طال مدته سنة كالصحيح
والا فكالمريض يعني ان هذه الامراض مزمنة فمن عرض له واحدة منها وتبرع
بشيء من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان
المرض مرض الموت لانه اذا سلم في الفصول التي كل منها مظنة الهلاك صار
المرض بمنزلة طبع من طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لا يشتغل
بالتداوي اجتمع الوصايا وكان بعضها فرضا وبعضها نفلا وضاق عنها
الثلث ففي الفرض والنفل قدم الفرض سواء قدمه الموصي او اخره كالحج والزكوة

اي فيعتبر تبرعاته من الثلث ان مات بعدما حكم بكونه مرض الموت م

و

والكفارات لان الاصل ان يقدم الاهم وان تساوت في القوة قدم ما قدم
اي الموصي في الذكر لان الظاهر من حال الانسان ان يبدا بما هو الاهم عنده
والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديم ما بدا به لزمنا تقديمه
كذا هنا اوصى بحج احج عنه راكبا من بلده ان كفى نفقته لان الواجب الحج من بلده
ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما كان واجبا عليه
ويحج راكبا اذ لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه والا اي
وان لم يكف فمن حيث يكفي والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة
وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن
مات حاج في طريقه واوصى به اي بان يحج عنه يحج كذلك اي من بلده ان كفى
نفقته والا فمن حيث يكفي وقالا وهو قول زفر يحج عنه من حيث يبلغ
وعلى الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق واما من لا وطن له فيحج
عنه من حيث مات بالاجماع ذكره الزيلعي اوصى بان يحج عنه بهذه المائة
فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ استحسانا وان لم يهلك شيء
وحج فان بقي منه شيء رد على الوارث لان التركة حق الورثة الا ما اشتغل
بحق الوصية باعتاق عبد عنه اي بهذه المائة فهلك منها درهم حيث
لم يعتق بالباقي لان الوصية اذا وجبت لمستحق لم يصح تنفيذها لغيره
وهنا اوصى بالعتق لعبد يشترى بالمسمى فلم يصح تنفيذها في عبد يشترى
باقل منه لانه غير الاول فكان فيه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وذا لا يجوز
اوصى بان يشتري بكل ماله عبد فيعتق عنه ولم تجز الورثة بطلت لما ان
العبد المشترى بالكل مغاير لما يشترى بالثلث كذا اوصى بان يشترى له
عبد بالف درهم وزاد الالف على الثلث لم يجز للتغاير بينهما ايضا

باب الوصية بالثلث

اوصى له بثلثه
ولاخر بثلثه فان اجاز الورثة فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم تجز وا[illegible]

بخلاف الوصية م

الورثة فالثلث بينهما نصفين لانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما فيكون بينهما ولو اوصى لرجل بثلثه
ولآخر بكله ولم يجيزوا فكذا عند ابي ح اي الثلث ينتصف بينهما وعندهما
يربع اي يجعل اربعة اسهم للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث لان الزايد ثلثه م
على الثلث انما يبطل بمعنى ان الموصى له لا يستحق حقا على الوارث لكن
يعتبر في ان الموصى له يأخذ من الثلث بحصته ذلك الزايد اذ لا موجب للابطال
هذا المعنى فيخرج الثلث ثلثه والثلث واحد والكل ثلثة صارت اربعة
فيقسم الثلث بهذه السهام ولو له بثلثه ولآخر بنصف ولم يجيزوا فالثلث
بينهما نصفان عنده وعندهما على خمسة اسهم سهمان لصاحب الثلث
لانه يجعل الكل سدسا ستة سهما وثلثة اسهم لصاحب النصف لانه الحاصل
بالضرب لو له بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا عندهم بلا خلاف
ثم هذا الخلاف مبني على خلاف مقرر بينهم ذكره بقوله ولا يضرب ابو ح للموصى له بما
زاد على الثلث قال في العناية اي لا يجعل من ضرب من ماله سهما اي جعل
ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وقال صدر الشريعة المراد
بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب واذا اوصى بالثلث والكل فعند
ابي حنيفة رح سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف
في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو سدس
فلكل سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة
ربع فيضرب الربع في ثلث المال فالربع في الثلث يكون ربع الثلث
ثم لصاحب الكل ثلثة من الاربعة وهي ثلثة ارباع الثلث فيضرب
ثلثة الارباع في الثلث يعني ثلثة ارباع الثلث ولصاحب الثلث
واحد من الاربعة فيضرب الواحد في الثلث وهو الربع يعني ربع
الثلث الا في المحاباة صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة

و

وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان
بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل
وصية لكونه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة
بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهو
الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كساير
الوصايا على قول ابي حنيفة رح وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر
من خمسمائة الالف باكثر من خمسمائة والسعاية صورتها ان يوصى
بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما
ان اجاز الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله
الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان
ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي والدراهم
المرسلة اي المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا ونحوهما صورتها ان
يوصى لرجل بالفين ولآخر بالف وثلث ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون
بينهما اثلاثا لكل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في
مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ووجه
فرق الامام بين هذه الصور الثلث وبين غيرها ان الوصية اذا كانت
مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما او الربع
ابطل الوصية في الزايد بكون ذكره لغوا فلا يعتبر في حق الضرب بخلاف ما
اذا لم يكن مقدرة حيث لا نحو يكون في العبارة ما يكون مبطلا
للوصية كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية
غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة واذا لم تكن باطلة
بالكلية تكون معتبرة في حق الضرب ولو اوصى بنصيب ابنه بطل لانه
الوصية بما هو حق الابن لا تصح لغيره ولو اوصى بمثله اي مثل نصيب ابنه

لا اى لا يبطل اذ لا مانع منه ولو اوصى بسهم او جزء اى لو قال اوصيت بسهم
من مالى او جزء منه لم يبين وارثه اى يقال للوارث اعط ما شئت لانه مجهول
والجهالة لا تمنع صحة الوصية فالبيان الى الوارث هذا ما اختاره المشايخ
بناء على عرف الناس ان السهم كالجزء واما اصل الرواية فبخلافه وهو المذكور
فى الوقاية ولو اوصى بسدس ماله ثم بثلثه واجيز له ثلثه اى يكون السدس
داخلا فى الثلث قال صدر الشريعة فان قلت قوله ثلث مالى له
كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء فهذا ممتنع ايضا اورد هذا السؤال
ولم يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان فى السدس اخبارا
وفى الثلث انشاء فهذا ممتنع ايضا اورد هذا السؤال ولم يجب عنه
اقول وبالله التوفيق نختار انه انشاء وانما يجب له النصف عند الاجازة
لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث فى
كلامه شايع وضم الشايع الى الشايع لا يفيد ازديادا فى المقدار بل تعيين
الاكثر مقدما كان او مؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث
متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا فى الشايع وضم السدس
الشايع الى الثلث الشايع لا يفيد زيادة فى العدد فلا يتناول
اكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ
والا كان بذلا مستانفا لا اجازة ويقرب من هذا قول اهل المعقول ان
ضم الكلى الى الكلى لا يفيد الجزئية وفى سدس مالى مكررا له سدسه يعنى اذا قال
سدس مالى له ثم قال فى ذلك المجلس او فى مجلس آخر سدس مالى له كان له السدس
واحد لان المعرفة اعيدت معرفة وبثلث دراهم او غنم وهلك ثلثاه له
ما بقى يعنى اذا اوصى بثلث دراهمه او ثلث غنمه فهلك ثلثا كل منهما وبقى ثلثه
وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فللموصى له جميع ما بقى وقال زفر له ثلث ما بقى لان
كل واحد منهما مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه

على

على التركة ويبقى ما بقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا
ان فى الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة
واذا امكن الجمع جمع حق الموصى له فيما بقى تقديما للوصية على الارث لان الموصى
جعل خاصته فى هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق الورثة
كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل فى مال يشتمل على اصل وتبع اذا هلك
شئ منه ان يجعل الهالك من التبع كما فى مال الزكوة حيث يصرف الهالك الى العفو
اولا ثم الى النصاب يليه ثم وثم ولو اوصى بثلث رقيقه او ثيابه مختلفة او دوره
اى للموصى له ثلث ما بقى لان الظاهر منها التفاوت بين افرادها فيكون
اجناسا مختلفة فلا يمكن جمع حق احدهم فى الواحد ولو اوصى بالف وله اى
للموصى نقد ودين على الغريم من جنس الالف فهو اى الالف الموصى به نقدا ان 2.9
اى الالف من ثلثه اى ثلث النقد لامكان ايفاء كل ذى حق حقه بلا
بخس فيصار اليه والا فثلث النقد وثلث الماخوذ من الدين يعنى كلما
خرج شئ من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث
وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لان العين اولى من الدين ولو اوصى بثلثه
لزيد وبكر الميت كان لزيد مطلقا اى سواء علم موت بكر او لا لان الميت
ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار
وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم الموصى موته فله نصف الثلث لان الوصية
صحيحة عنده لبكر فلم يرض للحى الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم
موته لان الوصية لبكر لغو وكان راضيا بثلث الكل لزيد كذا لو اوصى
اى لزيد ولمن كان فى هذا البيت ولا احد فيه كان الثلث لزيد لان المعدوم
لا يستحق مالا او اوصى له اى لزيد ولعقبه كان الثلث لزيد لان العقب
من يعقبه بعد موته فكان معدوما فى الحال او له اى لزيد ولولد بكر وقد مات
ولده قبل موت الموصى . او له ولفقراء ولده او لمن افتقر من ولده وفات

شرط عند موت الموصي فالثلث كله لزيد في هذه الصور لان المعدوم او الميت
لا يستحق شيئا فلا يثبت المزاحمة لزيد فصار كما اذا اوصى لزيد وبجدار وان قال
ثلث مالي بينهما اي بين زيد وبكر ميت فنصفه اي نصف الثلث لزيد لان
مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث او اوصى لزيد مثلا بثلثه
وهو اي الموصي فقير له اي للموصى له ثلث ماله اي الموصي عند موته لان الوصية
عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود
الملك عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب وفي لو اوصى بثلث
غنمه ولا غنم له او هلك قبل موته بطل اي لا ايصاء لما ذكرنا انه ايجاب بعد
الموت فيعتبر قيامه ح فان هذه الوصية تعلقت بالعين فيبطل بفواته
عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
كذا بشاة من غنمي ولا غنم له فان الوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم
ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم وفي قوله اوصيت
بشاة من مالي قيمتها من ماله لانه لما قال من مالي دل على ان غرضه الوصية
بمالية الشاة ولو اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث
وللفقراء والمساكين لهن اي لامهات الاولاد ثلثة اخماس من الثلث
ولكل من الفقراء والمساكين الباقيين من ثلثه اي خمسان بالمناصفة
عندهما وعند محمد يقسم الثلث على سبعة لهن ثلثة منها لامهات الاولاد
لان المذكور للفقراء والمساكين لفظ الجمع واقل الجمع في الميراث اثنان والوصية
اخت الميراث ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس فتبطل الجمعية
كقوله تعالى لا يحل لك النساء فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن ثلثة
منها عندهما وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا ولو اوصى بثلثه لزيد
وللفقراء نصف بينهما ولو اوصى بمائة لزيد ومائة لبكر او اوصى بهما
اي بمائة لزيد وخمسين لبكر ان الآخر اي اوصى معهما اي قال لآخر اشركتك

وبكره

معها

٥٠٦

٥٣٦

معهما فله اي لذلك الآخر ثلث كل مائة في الاولى لان نصيب زيد وبكر
متساويان فيه قد شرك الآخر معهما فيكون شريكا لكل منهما فله ما لكل منهما
وهو ثلث المائة ونصف لكل منهما في الثانية لان تحقيق المساواة بينهم
غير ممكن لتفاوت المالين فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك
فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ
بقدر الامكان وفي له علي دين فصدقوه صدق الى الثلث يعني اذا
قال المريض مخاطبا لورثته لفلان علي دين فصدقوه فيما قال صدق
فلان الى الثلث والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو
تصديق المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان علي دين اقرار بالمجهول وهو
وان كان صحيحا لكن لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه
سلط على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بقدر الثلث بان يوصي
له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بدين مجهول فالمرء قد يحتاج
الى ذلك بان يعرف اصل الحق ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته
بهذا الطريق فيجعل له وصية في حق التنفيذ وان كان دينا في حق
المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث لا
الزيادة فان اوصى بالثلث معه اي مع المقر له الا ولا رجوع عنه عزل
اي الثلث لهما اي للمقر له والموصى له والباقي وهو الثلثان للورثة
لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم
المعلوم فيقدم عزل المعلوم فيقال بعد ما عزل يقال لكل من اصحاب
الوصايا والورثة صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فلاصحاب الوصايا
لا يشاركهم فيه صاحب الدين وفي العزل فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين
قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به الآخر والثاني انكر وربما يختلفون
في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا عزلنا قلنا علمنا ان في التركة دينا شايعا

في كل التركة فإن أصحاب الوصايا والورثة يبيانه وإذا بينوا شيئاً يؤخذ
أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والباقي لهم ويؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به لنفاذ
إقرار كل فريق في قدر حقه ويحلف كل أي كل فريق منهم على العلم في دعوى
الزيادة لأن ادعى المقر له الزيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين
غيره ومن أوصى بألف لوارث وأجنبي له نصفه وخاب الوارث يعني إذا أوصى
لوارثه ولأجنبي فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لأنه
أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول لا الثاني وفي الحي
والميت الكل للحي لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً فيكون
الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح بإجازة الوارث لكنه حرم
لعارض وبثلثة أثواب متفاوتة بكل لرجل إن ضاع ثوب ولم يدر
أي هو والورثة يقول لكل ثوب حقك بطلت يعني إذا كان له أثواب
جيد ورديء ووسط فأوصى بكل واحد لرجل وضاع ثوب ولا يدري
أيها هو والورثة يقول لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد ضاع
فكان المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود
فبطلت الوصية كما أوصى لأحد هذين الرجلين إلا أن يسلم الورثة
الثوبين الباقيين وإن سلموا الباقيين زال المانع وهو الجحود
وصحت الوصية أخذ ذو الجيد ثلثي الجيد وذو الرديء ثلثي الرديء
وذو الوسط ثلث كل من الجيد والرديء لأن الثوبين إنما يقسمان
بين الثلثة على هذا الوجه أي يأخذ كل واحد منهم ثلثي الثوب وإنما تعين
حق صاحب الجيد إذ لا حق له في الرديء بأن يكون هو الرديء لأنه أصلح ويحتمل
أن يكون حقه في الضائع بأن يكون هو الجيد إلا الرديء فكان تنفيذ وصيته في محل
يكون حقه وربه وإنما تعين حق الآخر في ثلث كل من الثوبين لأن صاحب
الجيد لما أخذ ثلثي الجيد وصاحب الرديء ثلثي الرديء لم يبق إلا ثلث كل واحد

منهما

منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة كذا في الكافي وببيت معين من دار مشتركة
يقسم فإن أصاب أي البيت المعين الموصي فهو للموصى له وإلا أي وإن لم يصبه
فله قدره يعني إذا كانت دار بين رجلين فأوصى أحدهما لرجل ببيت منهما
بعينه فإنها تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عندهما
وعند محمد نصفه للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع
البيت فيما أصاب الموصي عندهما وعند محمد مثل ذرع نصف البيت
كما في الإقرار يعني إذا كان مكان الوصية إقرار فالحكم كذلك بالإجماع وقيل
فيه خلاف محمد وبألف معين من مال زيد له الإجازة بعد موت الموصي
والمنع بعده يعني إذا أوصى من مال رجل لآخر بعينه فأجاز صاحب
المال بعد موت الموصي فإن دفعه إليه جاز وله أن يمنع لأنه تبرع بمال
الغير فيتوقف على إجازته فإذا أجاز كان تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من
التسليم لأنه لم يتم بعد فأشبه الهبة قبل التسليم بخلاف ما أوصى بالزيادة
على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها
ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فينفذ من
جهة الموصي أقر أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه دفع ثلث
نصيبه لأنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا
بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم
على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث فشريك
الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه وولدت الموصى بها أمة
بعد موت الموصي وقبل القسمة وقبول الموصى له فهما له إن خرجا من
الثلث وإلا أخذ الثلث منهما ثم منه يعني إذا أوصى لرجل بأمة فولدت بعد
موت الموصي ولداً قبل القسمة وكلاهما يخرجان من ثلث ماله فهما
للموصى له لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً لاتصاله بالأم

فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والزكوة قبلهما مبقات على حكم مال الميت
بدليل انه ينفذ وصاياه منه وتقضى ديونه دخل فى الوصية كانه اوجب
منهما الوصية فكان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ينفذ وصيته اوله
من الام ثم الولد هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له ولو
ولدت بعدهما اى بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان الزكوة
بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك
الموصى له ولو ولدت بعد القبول وقبلها اى القسمة ذكر القدورى انه
لا يكون موصى به فلا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع
المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر
خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول ولو ولدت قبل موت الموصى
لم يدخل تحت الوصية بل يبقى على حكم ملكه اى ملك الميت لانه لم يدخل
تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا كذا فى الكافى

باب العتق في المرض

لاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره
عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل المعتبر حال العقد فى تصرف
انشائى فيه معنى التبرع احترازا عن تصرف اضبارى فانه اذا اقر بالدين
فى المرض نفذ من كل المال وكذا النكاح فيه بمهر المثل نفذ من كل المال
فلو كان ذلك التصرف الانشائى فى الصحة فمن اى يعتبر من كل ماله
والا فمن ثلثه فخلا فى الاضبارى وما ليس بتبرع فانه ليس كذلك والمعتبر
حال الموت فى الاضافة اليه فيكون ذلك التصرف الانشائى من ثلثه مطلقا
اى سواء كان فى الصحة او المرض بعد ان كان مضافا الى الموت اذا ما
لوجود المضاف اليه ومرض صح منه كالصحة لان حق الوارث والغريم
انما يتعلق بماله فى مرض الموت وبالبرء ظهر انه ليس كذلك واعتاقه

اى

اى المريض ومحاباته وهبته وضمانه من الثلث لانها فى حكم الوصية
لكونها فى المرض فان حابى فاعتق فهى اى المحاباة احق من العتق وهما
اى المحاباة والعتق فى عكسه اى اذا اعتق فحابى سواء صورة المحاباة
ثم الاعتاق ما اذا باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال
سواهما يصرف الثلث الى المحاباة ويسعى العبد فى كل قيمته وصورة العكس عتق
العبد الذى قيمته مائة ثم باع الذى قيمته مائتان بمائة يقسم الثلث وهو المائة
بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه محاباة ويسعى فى نصف قيمته
وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين وعندهما عتقه
اولى فيهما اذ لا يلحقه الفسخ وان المحابات اقوى لانه فى ضمن عقد
المعاوضة لكن اذا وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الدفع يزاحم المحاباة
فى عتقه بين المحاباتين نصف من الثلث للاولى ومن المحاباة التى
نصف من الثلث للاولى من المحاباتين ونصف للاخرى بين العتق
والمحاباة الثانية لان العتق يتقدم عليها فيستويان وفى عكسه
يعنى اذا اعتق ثم حابى ثم اعتق لهما اى المحاباة نصف وفيهما اى للعتقين
نصف يعنى يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق
قسم بينه وبين العتق الثانى تبطل اى الوصية بعتق عبده ان جنى
بعد موته فدفع يعنى اذا اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية
فدفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولى الجناية
مقدم على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته لان ملكه فيه باق وانما يزول
بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه
بعد موته بان ظهر على الميت دين وقد اوصى بعتق العبد يبيع العبد
بدينه وان فدى لا اى ان فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لانهم هم الذين
التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه

الموصى وحق ه

لم يجز فتنفذ الوصية اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه
في صحته والوارث في مرضه يعني اذا اوصى رجل لوارث لزيد بثلث ماله
وترك عبدا فاقر كل من الوارث وزيد انه اعتقه لكن ادعى زيد اعتقه
في صحته لئلا يكون وصية ينفذ من الثلث وادعى الوارث اعتاقه
في مرضه ليكون وصية صدق الوارث وحرم زيد لان الموصى له يدعي
استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان الاعتاق في الصحة ليس بوصية
ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض
وهو وصية ايضا لكنه مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول
للمنكر مع اليمين الا ان يفضل من ثلثه شيء على قيمة العبد اي لا عزم
او يبرهن اي زيد على دعواه اي الاعتاق في الصحة فله ثلث المال
لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وهو خصم في اقامتها لاثبات
حقه ادعى زيد دينا على ميت وادعى عبده اعتاقه في صحته
وصدقهما وارثه يسعى العبد في قيمته وتدفع اي تلك القيمة الى الغريم
وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان العتق والدين ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فصار كانهما ثبتا بالبينة ومن اعتق عبدا
في صحته فمات وعليه دين لم يسع العبد له في شيء فهذا مثله وله ان
الاقرار بالدين اقوى ولهذا يعتبر من كل المال في جميع الاحوال
وهو ليس بوصية من المريض والاقرار بالعتق في المرض بمنزلة
الوصية حتى اعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فمقتضاه
ان يبطل العتق اصلا لكنه بعد الوقوع لا يحتمل الانتقاض
فنقضناه معنى بايجاب السعاية مات وترك ابنا والف درهم فقال
رجل لي عليه الف درهم وقال رجل آخر الالف المتروك وديعة
لي وصدقهما اي الابن اي المدعيين الدين والوديعة قبل الوديعة عنده اقوى

وعندهما لو آء هذا مختار صاحب الهداية وقيل الف بينهما نصفان
عنده وعندهما الوديعة اولى هو مختار صاحب الكافي والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

اقاربه هذا وما عطف عليه مبتداء خبره قوله الآتي محارمه فصاعدا واقرباؤه وذووا
قرابته وذووا انسابه محارمه فصاعدا من ذوي رحمه الاقرب يعني اذا
اوصى لواحد مما ذكر فهي عنده اي ح للاقرب فالاقرب من كل ذوي رحم محرم
منه سوى الوالدين والولد اذ لا يطلق عليهما اسم القريب ومن سمى والده
قريبا كان عاقا لان القريب في العرف من يتقرب اليه غيره بواسطة الغير
ويتقرب الوالد والولد بنفسهما لا بغيرهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد
الولد في ظاهر الرواية لما ذكر وانما اعتبر الاقربية لان الوصية اخت الميراث
وهي تعتبر في الميراث فكذا فيها والجمع المذكور في الميراث اثنان فكذا في الوصية
وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية صلة القريب فيختص بها
من يستحق الصلة من قرابته ويستوي فيه الصغير والكبير والحر والعبد و
الذكر والانثى والمسلم والكافر وعندهما يدخل في الوصية كل قريب ينتسب
اليه من قبل الاب والام الى اقصى اب في الاسلام ويستوي فيه الاقرب والابعد
والواحد والجمع والكافر والمسلم واختلف في اشتراط الاقربية فالاقرب بقوله
فلو له عمان وخالان فهو اي الموصى به لعميه يعني اذا اوصى لاقاربه وله عمان
وخالان فالموصى به لعميه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما في الارث وعندهما
يقسم بينهما ارباعا لان اسم القريب يتناولهم ولا يعتبر الاقربية
وفي عم وخالين نصف بينه وبينهما اي نصف الموصى به للعم ونصفه
للخالين لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمعية وهو الاثنان في
الوصية كما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه
اقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصى

فالاقرب فالاقرب

اسلام اقصى الاب قد فرع على قول هم

٦٢عفاء

لذي قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحوز جميع الوصية
لانه الاقرب وفي عم له نصف لما ذكرنا من اعتبار معنى الجمعية واخذ النصف وفي عم
وعمة استويا لان قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقوا وجيرانه الملاصقون
عند ابي حنيفة وزفر وهو القياس لان الجار عند الاطلاق انما يتناول الجار الملاصق
وقد قال النبي عم الجار احق بسقبه اي بقربه والمراد هو الملازق وفي الامتحان
وهو قولهما هو من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته لان الكل يسمى
جيرانا واصهاره كل ذي رحم محرم من امراته لانه عم لما تزوج صفية اعتق كل
من ملكه من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم
واختانه زوج كل ذات رحم محرم منه كازواج البنات والاخوات والعمات
والخالات وكذا كل ذي رحم محرم من ازواج هؤلاء قيل هذا في عرفهم واما
في عرفنا فلا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب
والابعد لان اللفظ يشمل الكل واهله امراته لانها المرادة به لغة
وعرفا قال الله تعالى اذ قال لاهله اي لامراته يقال تأهل اي تزوج وعندهما
من كان في عياله ونفقته اعتبارا للعرف قال الله تعالى فنجيناه واهله
الا امراته والمراد من كان في عياله وآله اهل بيته لان الآل القبيلة التي
ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى اقصى اب له
في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير
والكبير وابوه وجده منهم لان الاب اهل البيت وكذا الجد وجنسه
اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث
يكون من جانب الاب والام واهل بيتها وجنسها يعني اذا اوصت
امراة لاهل بيتها او لجنسها لا يتناول ولدها الا اذا كان من قوم ابيها
كذا في الكافي وولد زيد يتناول الذكر والانثى لوجود مبدا الاشتقاق
فيهما وفي ورثته الذكر كالانثيين يعني اذا اوصى لورثة فلان فهي بينهم

للذكر

٥٤٢

للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة علم ان قصده التفضيل
كما في الميراث وايتام بني فلان وعميانهم وزمناهم وارامله يتناول فقيرهم
وغنيهم وذكرهم وانثاهم ان احصوا اذ امكن تحقيق التمليك في
حقهم والوصية تمليك والا اي وان لم يحصوا فللفقراء منهم لان المقصود
من الوصية القربة وهي سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر
بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان
بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل
الوصية اذ ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة ولا يمكن تصحيحه تمليكا
في حق الكل للجهالة الفاحشة المانعة عن الصرف اليهم وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع
واقله اثنان في الوصايا كما مر وبنو فلان يختص بذكورهم قال في
الهداية ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة اول قوله
وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول
الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظام الاناث تجوز
والكلام لحقيقته وقال في الكافي ولو اوصى لبني فلان فهو على الذكور
لا غير عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة اولا وقال في الوقاية وفي بني فلان
الانثى منهم اقول لم يظهر لي اختيار صاحب الوقاية القول الذي
رجع عنه الامام ووافقه ابو يوسف في رواية الا اذا كان اسم قبيلة
او فخذ الفخذ في العشائر اقل من البطن اولها الشعب ثم
القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ كذا في الصحاح
فيتناول الاناث وموالي العتاقة والموالاة وحلفاءهم اذ ليس المراد بها
اعيانهم بل مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه موالي العتاقة و
الموالاة وحلفاؤهم لو اوصى من له معتقون لمواليه بطلت لان المولى
ومعتقون له

وهو قول ابي حنيفة آخرا اعتبارا
للحقيقة وقال محمد يدخل فيه
الاناث م

لفظ مشترك بين معنيين احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه الا ان يبينه في حيوته فانه في الكلام فوجب التوقف حتى يقوم البيان ولم يوجد فبطل ضرورة ويدخل فيه اي في الموالي من اعتقه في صحته ومرضه لتناول اللفظ اياهم لا مدبروه وامهات اولاده لان عتقهم يحصل بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم في حقهم فيطلق اسم المولى عليهم

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

صحت الوصية بخدمة عبده وبسكنى داره في مدة معينة وابدا لان المنافع يصح تمليكها في حال الحيوة ببدل وبدونه فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصي كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وهو في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى حتى ان الموصى له بالخدمة اذا مات لا تورث عنه وبغلتهما اي صحت الوصية بغلة عبد وغلة دار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها وان خرجت رقبتهما اي رقبة العبد والدار سلمت اليه اي الموصى له بها اي للوصية لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة والا اي وان لم تخرج رقبتهما من الثلث تهايئا العبد اي يخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين ويقسم الدار اثلاثا كما في اذا اوصى بسكنى

الدار

الدار ولم يكن يخرج من الثلث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لامكان القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا او مهايا اي اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان لان الحق لهم الا ان الاول اولى وليس للورثة بيع ما في ايديهم من ثلثيها اي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم او خربت في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه وتبطل اي الوصية بموته اي موت الموصى له في حيوة موصيه لما تقرر ان ايجاب الوصية يكون بعد الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البايع للمشتري بعد موته وبعد موته اي موت الموصى له يعود اي الموصى به الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بلا رضاه وهو غير جائز وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يوجر العبد او الدار لان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما يثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها بها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهو لا يجوز ولا للموصى له بالغلة استخدامه اي العبد او سكناها اي الدار في الاصح لانه اوصى له بالغلة وهي دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداده منه بعد استغلاله بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها ولا ان يخرج العبد من البلد

الا ان يكون هو واهله في غيره فيخرج للخدمة ان خرج من الثلث لان الوصية
تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له واهله في موضع
آخر فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم واذا كانوا في مصره
ان يمكنه من خدمة العبد من غير ان تلزمه مشقة السفر فلا يكون
ان يخرجه عن بلده والا اي وان لم يخرج من الثلث فلا اي لا يخرج
العبد للخدمة الا باذن الورثة لبقاء حقهم منه اوصى لرجل بخدمة
عبده سنة ولآخر بخدمته سنتين ولم يجيزوا اي الورثة خدمته اي
العبد الورثة ستة ايام وخدم الموصى لهما ثلثة ايام يوما لصاحب
السنة ويومين لصاحب السنتين حتى يمضي تسع سنين لان عين
العبد لا يقسم بل تهايئ زمانا توفيرا لحقوقهم اوصى بهذا العبد لفلان
وبخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث صح اي الايصاء لانه اوجب
لكل منهما شيئا معلوما وما اوجب لكل منهما يحتمل الوصية بانفراده
فلا يتحقق بينهما مشاركة فيما اوجب لكل منهما ثم اذا صحت الوصية
لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا
للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان
آخر لان الوصية كالميراث في كون الملك يثبت بعد الموت واوصى
لرجل بثمرة بستانه فمات اي الموصي وفيه ثمرة تكون له اي للموصى له هذه
الثمرة فقط لا ما يحدث بعدها وان ضم اي الموصي ابدا بان قال ثمرة
بستاني له ابدا فله معها اي مع الثمرة الاولى ما يحدث بعدها مطلقا
كما في غلة بستانه يعني اذا اوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته
فيما يستقبل وان لم يقل ابدا والفرق ان الثمرة اسم الموجود عرفا فلا يتناول
المعدوم الا بدلالة زائدة كالتنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول
المعدوم والمعدوم مما ذكر وان لم يكن شيئا اما الغلة فيتناول

الموجود

الموجود وما هو بعرضة الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل
من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما
بلا توقف على دلالة اخرى بخلاف الثمرة اذا اطلقت حيث لا يراد بها
الا الموجود فلهذا يفتقر الصرف عنه الى دليل زائد واوصى بصوف غنمه
وولدها ولبنها له ما في وقت موته ضم ابدا اولا يعني اذا اوصى بصوف غنمه او
باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من
اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل
لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ بخلاف
ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم الا في الثمرة والغلة
المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة
فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما
الولد المعدوم والصوف واللبن فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا
ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود
منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا
فكذا بالوصية اوصى بجعل داره مسجدا ولم تخرج من الثلث واجاز
اي الورثة يجعل مسجدا لان المانع من الجواز تعلق حقهم فاذا
اجازوا زال المانع وان لم يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا رعاية لجانب
الوارث والوصية واوصى بظهر مركبه في سبيل الله تعالى بطلت اي
الوصية عند ابي ح لان وقف المنقول غير جائز عنده وكذا الوصية
وعندهما يجوز ان اوصى بشيء للمسجد لم يجز الا ان يقول ينفق
عليه لانه ليس باهل للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف
على مصالحه وعند محمد يجوز لانه يحمل الكلام على تمليكه بالصرف في مصالحه تصحيحا
للكلام قال اوصيت بثلث مالي لفلان او فلان بطلت عند ابي ح

لجهالة الموصى له وعند ابي يوسف لهما ان يصطلحا على اخذ الثلث كما
لو قال لفلان او فلان على الف وعند محمد يخير الورثة فايهما شاؤا
اعطوا القيام مقام [illegible] فصل وصايا الذمي على اربعة اوجه
لانها اما معصية عندنا وعندهم كالمغنيات والنائحات فتصح
لو كانت لقوم معينين تمليكاً من الثلث فانهم لما تعينوا اجاز تمليكهم
والا اى وان لم يكونوا معينين فلا اى لا يصح اصلا اما تمليكا فلان
التمليك للمجهول لا يصح واما قربة فلانها معصية عند الكل فكيف
تصح قربة واما معصية عندهم وقربة عندنا كجعل داره مسجدا
والاسراج في المساجد فلا تصح اتفاقا اعتبارا لاعتقادهم لانا
نعامل معهم بديانتهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح تمليكا منهم
وذكر الجهة مشورة واما قربة عندنا وعندهم كجعل ثلثه للفقراء
او عتق الرقبة او الاسراج في بيت المقدس فيصح اتفاقا لان
الديانة متفقة من الكل واما قربة عندهم ومعصية عندنا
كجعل داره بيعة لليهود او كنيسة للنصارى او بيت نار
للمجوس فتصح مطلقا اى سواء عين قوما اولا وعندهما لا
اى لا تصح الا ان يوصي لمعينين لما انه وصية بالمعصية وفي
تنفيذها تقرير المعصية والسبيل في المعصية ردها لا تنفيذها
وله ان المعتبر ديانتهم في حقهم لانا امرنا بان نتركهم وما يدينون وهي
قربة عندهم فتصح وتورث اى البيعة والكنيسة وبيت النار
ان صنعت في الصحة يعني اذا صنعت يهودي بيعة او نصراني
كنيسة او مجوسي بيت نار في صحته ثم مات فهو ميراث لان
هذا بمنزلة الوقف عنده يورث ولا يلزم ما لم يسجل فكذا هذا
واما عندهما فلانها معصية فلا تصح ومن هو مثلى اى من يتبع

الوقف عندنا بمنزلة [illegible]

هوى

٥٤٣

هوى نفسه ميلا الى البدعة ان الكواى حكم بكفره كطائفة منهم يقولون
لعلى رضي الله عنه الاكبر فكالمرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته
بين الامام وصاحبيه وفي المرتدة الاصح ان تصح وصاياها لانها تبقى
على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم والا اى وان لم يكفر فكالمسلم
في وصاياه لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر تنبيه لما كان هنا
مسائل مهمة فهمت مما سبق ضمنا وكان يجب حفظها والاهتمام بها
اصلا لكثرة وقوعها وغفل كثير من الناس عنها اوردها هنا وصدرها
بالتنبيه اشارة الى ما ذكر الوصية المطلقة بان يقول مثلا هذا القدر
من مالي او ثلث مالي وصية او اوصيت هذا القدر من مالي او ثلث مالي
لا تحل للغني لانها صدقة وهي على الغني حرام وان وصلته عممت
بان يقول الموصي يأكل منها الفقير والغني لان اكل الغني من الوصية
لا يصح الا بطريق التمليك والتمليك لا يصح الا للمعين والغني لا يتعين
ولا يحصى واذا خصصت اى الوصية بغني بان يقول مثلا هذا
القدر من مالي وصية لزيد وهو غني او لقوم اغنياء محصورين حلت
لهم لصحة التمليك لهم لتعينهم كذا الحال في الوقف يعني ان الوقف
المطلق مختص بالفقراء لا يحل للغني وان عمم وان خص بغني معين
او بقوم محصورين اغنياء حل لهم ويملكون منافعه لا عينه
حتى اذا ماتوا يتقرر عينه في ملك الواقف او وارثه واذا ماتوا يكون
للفقراء

الباب الثاني في الايصاء

بمعنى جعل الغير وصيا اوصى الى زيد اى جعله وصيا وقبل عنده
فان رد عنده رد لانه متبرع في ذلك فان شاء دام عليه وان شاء
رجع اذ ليس للموصي ولاية الزام التصرف على الغير وليس له الرجوع تغريرا
اذ يمكنه ان يوصي غيره والا اى وان لم يرده عنده سواء رده عند غيره

الاولى ان يقول للغني [illegible]

او بعد مماته فله اي له ان يرده لانه لما قبل في وجهه اعتمد الموصي على قبوله
فلم يوص الى غيره فلو جوزنا رده في حيوته او بعد مماته لصار الميت
مغرورا او ذلك باطل وان سكت اي لم يقبل ولم يرد فمات الموصي فله
رده وقبوله لانه متبرع في التصرف للغير فلا يلزم ذلك بلا قبوله
كالوكالة ولا تقرير ههنا لان الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف
عن حاله انه يقبل الوصاية اوله وان رده ثم قبل صح الا اذا نفذ رده ام
الموصي له فانه ان لم يقبل حتى مات الموصي ثم قال لا اقبل ثم قبل صح ان لم يكن
القاضي اخرجه حين قال له لا اقبل فاذا قبل بعده لا يصح لان اخراجه
قد صح لانه موضع الاجتهاد اذا اكرو صح عند زفر ولزم اي الايصاء
بيع شيء من التركة وان جهل اي الوصي به اي بكونه وصيا لوجود
دليل القبول اذ المقصود منه هو التصرف وهو معتبر بعد الموت لانه
اوان ولايته بعده وينفذ البيع لصدوره عن الوصي وان لم يعلم
كونه وصيا بخلاف ما لو وكل رجل بالبيع فباع شيئا من متاعه
وهو لا يعلم بوكالته حيث لا ينفذ لان الايصاء اثبات خلافة
لثبوته اوان انقطاع ولايته واذا كان استخلافا صح بغير علم كالوراثة
فاما التوكيل فاثبات الولاية وليس باستخلاف لثبوته في حال قيام الموكل
فلا يصح بغير علم من يثبت عليه كاثبات الملك بطريق البيع والهبة
واوصى الى عبد لغيره او فاسق او كافر بدله القاضي بغيره هذا اللفظ
يشير الى صحة الوصية لان الاخراج المفهوم من التبديل انما يكون بعد
ثبوت الايصاء وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه
سيبطل في جميع هذه الصور وقيل في العبد معناه باطل لعدم
ولايته وعدم استبداده وفي غيره معناه سيبطل وقيل في الكافر
باطل ايضا لانه لا ولاية له على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان

لأن الاصل لا يبطل بمجرد قعطه لا يبطل الا بالنقص وانما يبطل الاضرار ايضا والضرر واجب الدفع فان كان القاضي اخرجه عن الايصاء حين قال لا اقبل صح

الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصي لنفسه ولاولاده وبالايصاء
الى هؤلاء لا يتم معنى النظر وان وجد اهل النظر لكون العبد
اهلا للتصرف ليس بولي عليه من جهة من يتصرف عليه ولكون الكافر
من اهل الولاية والخلافة ارثا وتصرفا حتى لو تصرف ينفذ تصرفه ولثبوت
ولاية الكافر في الجملة حتى ينفذ اي في عبدا مسلما ولكن يجبر على بيعه وانما قال لا يتم
معنى النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة سيده وتمكنه من الحجر بعدها
ولاشتغاله بخدمة المولى فيتوهم التقصير في استيفاء حقوق الميت
وتوهم الخيانة عن الكافر للمعاداة الدينية ومن الفاسق لفسقه
فيخرجه القاضي عن الوصاية ويجعل مكانه وصيا آخر تتميما للنظر
واوصى الى عبده صح لو كان لورثته صغارا حتى لو كان فيهم كبير لم يصح
وعندهما لا يصح مطلقا لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك
وهو قلب المشروع وله انه اوصى الى من هو اهله فيصح كما لو اوصى
الى مكاتب نفسه وهذا لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد عليه
ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا لكن لما اقامه ابوهم مقام
نفسه صار مستبدا بالتصرف مثله بلا ولاية لهم عليه بخلاف
عبد الغير فانه مولى عليه وبخلاف ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه
او يمنعه فيعجز الوصي عن الاداء بحقه فامتنع الجواز واوصى الى
عاجز عن القيام بها اي بالوصاية لم يعزله القاضي بل ضم اليه غيره
لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة فان تكميل
النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي اليه لكن
فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا
على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من
الجانبين ويبقى على الوصاية امين يقدر اي لا يجوز للقاضي اخراجه

لانه لو اختار غيره لكان دونه لانه مختار الميت الا يرى انه يقدم على
اب الميت مع كمال شفقته فلان يقدم على غيره احق واوصى الى اثنين
لا ينفرد احدهما بالتصرف بدون الاخر ولو وصلية اى ولو كان ايصاؤه
الى كل منهما بالانفراد عند ابى ح ومحمد الا في اشياء ستبين وقال ابو يوسف
ينفرد كل في الجميع لان الايصاء من باب الولاية وهي اذا ثبتت
للاثنين شرعا يثبت لكل واحد كملا على الانفراد كالاخوين
في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا فان الولاية لا يحتمل
التجزي لكونها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى
ولهما ان الموصي انما رضي برايهما لا براي احدهما الوفاق بينهما
بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة
بكل منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما لا الى كل
منهما ثم استثنى من قوله لا ينفرد احدهما بقوله الا شراء كفنه و
تجهيزه فانه لا يبتنى على الولاية وربما يكون احدهما غايبا ففي
اشتراط اجتماعهما فساد الميت ولو فعله عند الضرورة جيرانه
جاز والخصومة في حقوقه لانهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا
لم يتكلم الا احدهما غالبا وشراء حاجة الطفل في تاخيره خوف هلاك
الصغير والاتهاب له اى قبول الهبة للطفل فانه ليس من باب
الولاية ولهذا يملكه الام ومن في عياله واعتاق عبد معين
ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين لعدم الحاجة الى الراي
وبيع ما يخاف تلفه وجمع اموال ضايعة لان فيه ضرورة وان
مات احدهما فان اوصى الى الحي او الى اخر فله اى لمن اوصى اليه
الوصي سواء كان الحي او الاخر التصرف في التركة وحده ولا يحتاج الى نصب
القاضي وصيا والا اى وان لم يوص ضم اى القاضي اليه غيره لان الموصي

قوله فان اوصى الى الحي او الى آخر [illegible]
قلت لا يلتبس عليك ان قوله او الى الاخر غير
الوصي الذي كان وصيا للاول [illegible]
وصيا مع ذلك الوصي الحي وغيره [illegible]
الموافق للهداية وغيرها [illegible]
قوله فان اوصى الى الحي [illegible]

قصد

٥٤٥

قصدا ان يخلف وصيان متصرفان في حقوقه وامكن تحقيقه بنصب
وصي آخر نصب القاضي وصيا امينا كافيا ثم لا يعزل بعزله لانه اشتغال
بماله يفيد الا ان يكون عدلا فيعزله وينصب عدلا ولو عدلا غير كاف
ضم اليه كافيا و لا يعزل قيل فايدة السمرقندي في مجموعاته ويعزل ح
ايضا اى يعزل القاضي العدل الكافي واستبعده استبعده ظهير الدين
المرغيناني بانه تقدم على القاضي لانه مختار الميت فاذا انعزل وصي
الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي ووصي الوصي وصي لهما
يعني اذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول
لان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد
وقسمته اى قسمة الوصي نايبا عن ورثة غيب مع الموصى له تصح
يعني اذا مات رجل وورثته غيب واوصى الى زيد ولبكر بمبلغ جاز لزيد الوصي
ان يقسم تركته بين ورثته الغيب وبين بكر الموصى له بان ياخذ
حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى
حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث حتى يكون الولد
حرا وان الوصي خليفة الميت ايض فيكون خصما للوارث اذا كان
غايبا فصحت قسمته عليه فلا يرجعون اى الورثة عليه اى الموصى له
ان ضاع قسطهم اى حصة الورثة معه اى مع الوصي لان الهلاك
بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك في قسمته وقسمته اى
قسمة الوصي عن الموصى له الغايب معهم اى مع الورثة لا اى لا تصح
لان الموصى له ليس خليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد
حتى لا يرد ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي
خليفة عنه عند غيبته فرجع اى الموصى له ان ضاع قسطه مع الوصي بثلث
ما بقي لانه شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك ويبقى ما بقي عليهما

بعزله

الباقي نخ

على الشركة

وللقاضي قسمتها واخذ قسط اي يجوز للقاضي ان يقسم التركة عن
الموصى له الغايب مع الورثة واخذ قسط الموصى له لان القاضي نصب ناظرا
لاسيما في الموتى والغيب من النظر افراز قسط الغايب وقبضه فينفذ
ذلك وصح حتى لو حضر الغايب وقد ضاع المقبوض لم يكن له على الورثة
سبيل قاسمهم اي الوصي مع الورثة في الوصية يصح واخذ الوصي المال
فهلك المال في يده او يد من يصح عن الموصى يحج بثلث ما بقي من التركة
لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم يعتبر دونه
فصار كما اذا هلك قبل القسمة صح بيعه اي الوصي عبدا من
التركة بغيبة الغرماء لان الوصي قائم مقام الموصى ولو تولاه حيا
بنفسه بغيبتهم جاز وان كان في مرض موته فكذا من قام مقامه ولان
ان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وهي باقية ببقاء
الثمن باع اي الوصي ما اوصى ببيعه وصرف ثمنه فاستحق اي المبيع
بعد هلك ثمنه معه اي مع الوصي ضمن اي الوصي لانه العاقد
فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل
الثمن الا ليسلم له العبد ولم يسلم فقد اخذ الوصي البايع مال الغير
بلا رضاه فيجب عليه رده ورجع في التركة لانه عامل له فيرجع عليه
كالوكيل كوصي باع حصة الصغير وهلك ثمنه معه اي مع الوصي فاستحق
اي العبد فانه اي الوصي يرجع في ماله اي مال الصغير لانه عامل له وهو
اي الصغير يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما
اصاب به وله اي للوصي ان يسافر بمال الصغير ويدفع مضاربة وبضاعة
ويوكل ببيع وشراء واستيجار ويودع ماله ويكاتب قنه ويزوج امته
لا قنه ويرهن ماله بدينه وبدين نفسه فلو هلك ضمن قدر المودي من
دينه وله ان يعمل به مضاربة وينبغي ان يشهد عليه ابتداء وان

صدق

صدق ديانة ويكون المشتري كله للصبي قضاء وبما ياذن الاب في ذلك كله وليس
تحرير قنه ولو بمال ولا ان يهب له ولو بعوض كذا في العمادية ولا اي الوصي
التجارة بمال اليتيم لليتيم لا لنفسه اي لا يجوز له التجارة لنفسه
بمال اليتيم سواء كان ورثه عن ابيه او تملكه بوجه آخر ولا بمال الميت فان
فعل وربح ضمن راس المال وتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشيء كذا في الخانية ويحتال اي يقبل
الحوالة على الاملاء لا الاعسر لما فيه من الضرر ولا يقرض اي الوصي مال
اليتيم لانه تبرع وهو عاجز عن الاستخلاص بخلاف القاضي فانه قادر
عليه ولذا له ان يقرض مال الوقف والغايب لا يبيع ولا يشتري الا
بما يتغابن لان تصرفه نظري ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف
اليسير اذ لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب البيع ويبيع
على الكبير الغايب لا العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا
وصيه وكان القياس ان لا يليه الوصي اذ لا يملكه الاب على الكبير لكنهم
استحسنوا لانه مما يتسارع اليه الفساد فيحتاج الى الحفظ و
حفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ بخلاف العقار فانه محصن
بنفسه اذا لم يكن دين في الفتاوى الظهيرية عدم جواز بيع العقار
للوصي اذا لم يكن على الميت دين واما اذا كان فيملكه بقدر الدين
ويبيعه اي الوصي العقار وان لم يكن دين بضعف قيمته او
للدين كما نقلنا عن الظهيرية او النفقة اي نفقة الصغير قال في
الهداية في اواخر باب النفقة اذا باع العقار او المنقول على الصغير
جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه نفقته لانه جنس حقه او
وصية مرسلة اي مطلقة بان يقول ثلث مالي وربعه مثلا وصية
لا يجوز بيع العقار اذا كان في المال او زيادة خرجه على غلته او ان

اي قرب الى الخراب حتى اذا لم يبع كان خرابا فهذه اعذار ستة لا يجوز اقرار
اي الوصي بدين على الميت ولا بشيء من تركته انه لفلان لكونه اقرارا
على الغير الا ان يكون المقر وارثا فيصح في حصته لانه اقرار على نفسه
او اي الوصي بعين لآخر او بحق انه للصغير لا يسمع كذا في العمادية
شهد وصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما وابنان ان اباهما اوصى
الى زيد بطلت اي شهادتهم لانهم متهمون اما الوصيان فلا ثباتهما لانفسهما
معينا الا ان يدعي المشهود له فيقبل استحسانا لان للقاضي ولاية
نصب الوصي ابتداء وولاية ضم آخر اليهما فبهما اسقط مؤنة
التعيين عن القاضي واما الابنان فلجرهما الى نفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة كذا شهادتهما للصغير بمال سواء انتقل اليه من الميت
او غيره او لكبير بمال الميت فانها ايضا باطلة اما الاولى فلان التصرف في
مال الصغير للوصي سواء كانت من التركة اولا واما الثانية فلان مال
الكبير او غيره او لكبير بمال الميت فانها ايضا باطلة اما الاولى فلان التصرف
في مال الصغير للوصي سواء كانت من التركة اولا واما الثانية فلان مال
الكبير اذا كان من التركة فلا تجوز شهادة الوصي عند ابي حنيفة لان له
ولاية الحفظ وولاية البيع ان كان الكبير غائبا وصحت اي الشهادة
في مال غيره اي غير الميت فان مال الكبير ان لم يكن من التركة فلا تصرف
للوصي فيه فتجوز شهادته وصحت شهادة رجلين لآخرين بمبلغ دين
على الميت والآخرين للاولين مثله بخلاف الشهادة بوصية بالف
هذا قولهما وقال ابو يوسف لا يقبل في الدين ايضا لان الدين بالموت — بالموت صح
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من
التركة يشارك الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت
التهمة ولهما ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق الشرع فلا تركة

ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة بخلاف الوصية
لان الحق فيها لا يثبت في الذمة بل في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث
شبهة او شهادة الاوليين بعبد والاخريين بثلث ماله حيث لم يصح ايضا
لان الشهادة توجب شركة في المشهود به اضعف الوصيين مستبد اي جزء قوله
الكائن كاقوى الوصيين وهو وصي الام والاخ والعم في اقوى الحالين وهو حال
صغر الورثة كاقوى الوصيين وهو وصي الاب او الجد والقاضي في اضعف
الحالين وهو حال كبر الورثة لان الوصي انما يستفيد التصرف من الموصي فيكون
تصرفه على مقدار تصرف موصيه فوصي الام حال صغر الورثة كوصي الاب
حال كبرهم للاضعف كوصي الام مثلا بيع المنقول وغيره لقضاء الدين
عند فقد الاقوى للضرورة ولا يشتري اي الاضعف الا ما لا بد للصغير منه
من نفقة او كسوة ولا يتصرف مطلقا فيما استفاد الصغير من غير ابيه لما مر
ان تصرفه على مقدار تصرف موصيه فوصي الاب وابي الجد لان وصيته قائم مقامه
وهو اولى من الجد فكذا مختاره ولان اختياره مع وجود الجد يدل على ان تصرفه
انفع لبنيه من تصرف ابيه وان لم يوص اي لم ينصب وصيا فالجد مثله اي مثل الاب
وقائم مقامه في التصرف فاحق ملك الانكاح دون الوصي وههنا مسائل مهمة نقلنا
من الخانية منها رجل مات وترك ورثة فبلغهم ان اباهم اوصى بوصايا ولا
يعلمون ما اوصى فقالوا قد اجزنا ما اوصى به ذكر في المنتقى انه لا يجوز انما يجوز
اذا اجازوا بعد العلم وفي المنتقى اذا دفع الوصي الى اليتيم ماله بعد البلوغ
فاشهد اليتيم على نفسه انه قد قبض جميع تركة والده عنده من قليل وكثير الا اقر باستيفائه
ثم ادعى شيئا في يد الوصي وقال هو من تركة ابي واقام البينة قبلت بينته وكذا لو
اقر الوارث انه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ثم ادعى دينا على رجل
سمع دعواه ومنها وصي انفذ الوصية من مال نفسه قالوا ان كان هذا الوصي وارث
الميت يرجع في تركة الميت والا فلا وقيل ان كانت الوصية للعباد يرجع

لانه لما مطالبًا في جهة العباد فكان كقضاء الدين وان كانت لوصيته تقدم
لا يرجع وقيل له ان يرجع على كل حال وعليه الفتوى وهو كالوكيل بالشراء اذا ادى الثمن
من مال نفسه كان له ان يرجع وكذا الوصي اذا اشترى كسوة للصغير او اشترى ما ينفق عليهم
من مال نفسه فانه لا يكون متطوعًا ولو قضى دين الميت من مال نفسه بغير امر الورثة
ولم يشهد على ذلك لا يكون متطوعًا وكذلك بعض الورثة اذا قضى دين الميت او
كفن الميت من مال نفسه لا يكون متطوعًا وكان له الرجوع في مال الميت من ماله
قبل قوله في ذلك ومنها وصي باع شيئًا من مال اليتيم ثم طلب منه باكثر مما باع فان
القاضي يرجع الى اهل البصر ان اخبره اثنان من اهل البصرة والامانة انه باع بقيمته
وان قيمته ذلك فان القاضي لا يلتفت الى من يزيد وان كان في المزايدة يشترى باكثر
وفي السوق باقل لا ينقض بيع الوصي لاجل تلك الزيادة بل يرجع الى اهل البصر و
الامانة فان اجتمع رجلان منهم على شيء يؤخذ بقولهما وهذا قول محمد واما على قولهما
فقول الواحد كما في التزكية وعلى هذا قيم الوقف اذا اجر مستغل الوقف ثم جاء
آخر يزيد في الاجر ومنها وصي باع تركة الميت لانفاذ وصيته فجحد المشتري فحلف
الوصي فحلف والوصي يعلم انه كان كاذبًا في يمينه فان القاضي يقول للموصي
ان كنت صادقًا فقد فسخ البيع بينهما فيجوز ذلك وان كان تعليقًا بالخطر
وانما يحتاج الى فسخ الحاكم لان الوصي لو عزم على ترك الخصومة كان فسخًا بمنزلة
الاقالة فيلزم الوصي كما لو تقايلا حقيقة فاذا انفسخ القاضي لم يكن اقالة
فلا يلزم الوصي كما لو تقايلا حقيقة فاذا انفسخ القاضي لم يكن اقالة فلا
يلزم الوصي هذا آخر ما من الله تعالى علي بلطفه من شرح غرر الاحكام
المسمى بدرر الحكام حيث وفقني لجمعه وتحريره وعلى احسن الصور
تصويره حاويًا لمهمات خلت عنها الكتب المشهورة وان كانت
في بعض المعتبرات مسطورة ولقد بذلت مجهودي في التغيير و
التنقيح والتهذيب والتوضيح وتتبع اقوال الائمة الكرام والاطلاع على

آراء

آراء فضلاء الائمة العظام حتى عثرت على ما صدر عن بعض الافاضل من العثرات على مقتضى
البشرية ووقفت على ما وقع من بعض الاماثل من زلات ليست نقلها من شانها عربية
ولا عيب فان ساير العلوم بالنسبة الى هذا العلم كنسبة القطرة الى البحر المتلاطم الامواج
لا يغوص على فوايده كل غواص قوي فضلا عن الزجاج ولذا ترى العلماء المتاخرين
مع كمالهم في الفنون الكلية وتصنيفهم فيها كتبًا معتبرة لم يحوموا حول هذا العلم
ولم يصنفوا فيه ولو رسالة مختصرة وهذا العبد الفقير الى الله الغني مع مطارحته
معهم في [illegible] فيما انتسبوا اليه ومعارضة [illegible] ايامهم في مؤلفاتهم فيما عندوا
[illegible] بحيث قبلها علماء العصر وفضلاء الدهر امتاز منهم بكتبه [illegible] المتين
والتطيف المشحون بالفوايد والشرح الشريف المملو بالفوايد الحمد لله الذي هدانا
لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله واعاننا عليه وما كنا نقدر عليه لولا ان امدنا
الله ليس الغرض لاصلي من هذه الكلمات التمدح بل الامتثال بما في قوله تعالى واما بنعمة
ربك فحدث وقد وقع الفراغ من تاليفه يوم السبت الثاني من جمادى الاولى سنة ثلث
وثمانين وثمانمائة وقد كانت البداية في يوم السبت الثاني في ذي القعدة سنة سبع
وسبعين وثمانمائة على يد الضعيف عبد الله تعالى واحوجهم الى رحمته مؤلف
الكتاب محمد بن فراموز بن علي عاملهم الله تعالى بلطفه الخفي والجلي

الحمد لله على التوفيق والهداية
م

قد وقع الفراغ من تسويد هذه النسخة الشريفة المباركة عن يد العبد الضعيف
النحيف الى رحمة ربه اللطيف احمد بن عبد الرحيم بن
حسين بن سلمان عفى عنهم الرحمان
ولجميع المسلمين والمسلمات آمين
يا رب العالمين
م

تاريخ وفات ملا خسرو
[illegible]
٨٨٥

تاريخ وفات مرحوم ملا خسرو
[illegible]
٨٨٥